Ulrich Womelsdorf

ZUR PROBLEMATIK DES VERSUCHS BEIM UNECHTEN UNTERLASSUNGSDELIKT

1976

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547208_0012

Zur Problematik des Versuchs beim unechten Unterlassungsdelikt

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Ulrich Womelsdorf
aus Dortmund
1976

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Wessels
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Stree
Dekan: Prof. Dr. Schneider
Tag der mündlichen Prüfung: 17.5.1976

Meinen Eltern
in Dankbarkeit
gewidmet

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite:
1. Kapitel: Einleitung	1
A. Abgrenzung des Themas	1
B. Überblick über die Dogmengeschichte	6
I. Die innere Tatseite	6
II. Die äußere Tatseite	8
1. Versuch mit dem Verstreichenlassen der letzten Eingriffsmöglichkeit	8
2. Versuch vor dem Verstreichenlassen der letzten Eingriffsmöglichkeit	8
a. Fälle einer Sukzession einzelner Unterlassungen	9
b. Fälle der Selbstbehinderung	10
c. Die übrigen Fälle	11
III. Die Strafbarkeit des Versuchs	14
2. Kapitel: Darstellung und Kritik der Lehre ARMIN KAUFMANNS	15
A. Die Bedeutung der Lehre KAUFMANNS	15
B. Darstellung der Lehre KAUFMANNS	16
I. Definition der Unterlassung	16
II. Das Umkehrprinzip	19
III. Der Versuch beim Unterlassungsdelikt	21
1. Fehlender Vorsatz	21
2. Keine Stadien der Unterlassung	22
3. Der untaugliche Versuch	23
4. Zusammenfassung	24
C. Kritik der Lehre KAUFMANNS	25
I. Die These von der Unmöglichkeit des Unterlassungsvorsatzes	25
1. Fehlen menschlicher Kausalität bei der Unterlassung	25

Seite:

a. Fehlerhafte Anwendung der Kausalitätsformel 26
b. Inadäquanz der Kausalkategorie zur Erfassung der Beziehung zwischen dem Täter und seinem Verhalten 27
2. Vorsatz und Wille 28
a. Dolus directus 29
b. Dolus eventualis 30
3. Vorsatz und Finalität 31
4. Finalität als ontische Kategorie 33
a. Finalität als Anstoßen und Lenken der Kausalfaktoren 34
b. Effektive, vom Täter angestoßene Kausalsteuerung als Mindestvoraussetzung der Finalität 35
5. KAUFMANNS Wertargument 37
a. Unzulässige Gleichsetzung von Bewußtsein und Reflexion 38
b. Unzutreffende Wertung der verbleibenden Fälle 41
6. Zusammenfassung 42

II. Die Unterlassung in der Zeitdimension 43
1. KAUFMANNS Kausalitätsargument 43
2. KAUFMANNS Wertargumente 44
a. Der Hinweis auf die Willkürlichkeit 45
b. Die Behandlung des Rücktritts 46
c. Der Hinweis auf § 138 StGB 47
d. KAUFMANNS Berufung auf die allgemeinen Versuchslehren 48
e. Der Vorwurf der Gesinnungsbestrafung 50
3. Zusammenfassung 51

3. Kapitel: Der Beginn des Versuchs 52

A. Der Inhalt des § 22 StGB 53

I. § 22 StGB und die allgemeine Versuchslehre 53
1. Die subjektiven Versuchslehren 53

Seite:

2. Die objektiven Versuchslehren 54
3. Die subjektiv-objektive Versuchslehre 54

II. Die einzelnen Merkmale des § 22 StGB 55
1. Die Bedeutung der Formel "Vorstellung des Täters von der Tat" 55
a. Bejahung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs 55
b. Bedeutung für den Versuchsbeginn 56
aa. Hinweis auf das Vorsatzerfordernis 56
bb. Flexibilität entsprechend der Vorstellung des Täters 57
c. Zusammenfassung 59
2. Die Bedeutung der Formel "unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung" 59
a. Die Verwirklichung des Tatbestandes 60
b. Unmittelbares Ansetzen 65
aa. Die begrenzte Tauglichkeit der Wendung beim Unterlassen 65
bb. Die Ratio der Wendung vom "unmittelbaren Ansetzen" 66
cc. Ansetzen als finaler Begriff 68

III. Zusammenfassung 70

B. Erörterung einzelner Vorschläge zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt 70

I. BAUMANN, MAURACH 70

II. GRÜNWALD 71
1. Darstellung der Lehre GRÜNWALDS 71
2. Kritik 74

III. MAIHOFER 77
1. Darstellung der Lehre MAIHOFERS 77
2. Kritik 77

IV. KUBACH 78
1. Darstellung der Lehre KUBACHS 78

Seite:

2. Kritik 79

V. SCHRÖDER 81
1. Darstellung der Lehre SCHRÖDERS 81
2. Kritik 81

VI. ROXIN 82
1. Darstellung der Lehre ROXINS 82
2. Würdigung 85
a. Das Kriterium der Gefahraktualisierung 85
b. Das Kriterium der Beherrschung des Geschehens 87

VII. HERZBERG 90
1. Darstellung der Lehre HERZBERGS 90
2. Kritik 91

C. Anwendung der gewonnenen Kriterien auf verschiedene Fallgruppen 94

I. Fälle einer sich gleichmäßig entwickelnden Gefahr 94

II. Fälle einer nicht gleichmäßigen Gefahrentwicklung 97

III. Fälle unterschiedlichen Wissens des Täters 99

IV. Fälle mehrerer zeitgebundener Unterlassungen mit einer sich steigernden Beeinträchtigung des Schutzguts 101
1. Die Standpunkte in der Literatur 102
2. Stellungnahme 104

V. Fälle einer Selbstbehinderung vor Eintritt der Unterlassungssituation 109
1. Fälle einer Herrschaftslockerung 109
2. Fälle eines Herrschaftsausschlusses 110
a. Die Problematik 110
b. Die actio bzw. omissio libera in causa 112
aa. Die Vorverlegungstheorie 112
bb. Einwände gegen die Vorverlegungstheorie 114

Seite:

cc. Die Konstruktion der actio bzw. omissio libera in causa und das Versuchsproblem 117
(1) Die Defektbegründung als Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 22 StGB 120
(2) Die Defektbegründung als unmittelbares Ansetzen im Sinne des § 22 StGB 121
(2.1.) Das Defektverhalten ist ein Tun 122
(2.2.) Das Defektverhalten ist ein Nichttun 130
(2.2.1.) Ausschluß und Beeinträchtigung der Zurechnungsfähigkeit 130
(2.2.2.) Ausschluß der Handlungsfähigkeit 130
(3) Vereinbarkeit der gefundenen Lösung mit dem Schuldprinzip 135

VI. Fälle unbewußten Herrschaftsverlusts und unbewußter Gefahraktualisierung 142
1. Die Problematik 142
2. Andere Fälle eines unbewußten Versuchsbeginns 144
3. Die Rechtfertigung des Verzichts auf ein im Zeitpunkt des Versuchsbeginns vorliegendes Bewußtsein 146

D. Zusammenfassung 157

4. Kapitel: Die Form des Versuchs beim unechten Unterlassungsdelikt 159

A. Die Problematik 159

B. Der Anknüpfungspunkt der Unterscheidung zwischen den Versuchsarten 159

Seite:

I. Betrachtung des Begehungsdelikts 160
II. Mögliche Anknüpfungspunkte beim Unterlassungsdelikt 160

C. Die Funktion der Unterscheidung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch beim Begehungsdelikt 162

I. Darstellung des Meinungsstandes 162
II. Erörterung der Einwände gegen die herrschende Meinung 166
1. Der Einwand, objektiv könne der Erfolg nicht zugerechnet werden 166
a. OTTO 166
b. VON SCHEURL 167
2. Der Einwand, aus der Rücktrittsregelung folge ein Zurechnungshindernis 168
3. Der Einwand, die Zurechnung scheitere am fehlenden Vorsatz 171

D. Folgerungen für den Versuch des unechten Unterlassungsdelikts 177

Zusammenfassung 179

Es sind nur die allgemein üblichen Abkürzungen verwendet worden. Insoweit wird auf Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., Berlin 1968, verwiesen.

LITERATURVERZEICHNIS

ALLFELD, Philipp — Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 8. Aufl., Leipzig, Erlangen 1922.
Der Rücktritt vom Versuch nach geltendem Recht und dem Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927 (Reichstagsvorlage).
In: Festgabe für Reinhard von Frank, Tübingen 1930, Bd. II, S. 74 - 105.

AMBROSIUS, Jürgen — Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung. Neuwied, Berlin 1966.

ANDROULAKIS, Nikolaos K. — Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte. München, Berlin 1963.

ARZT, Günther — Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung. In: JZ 1969, 54 - 60.
Zur Erfolgsabwendung beim Rücktritt vom Versuch. In: GA 1964, 1 - 9.

BAALSS, Wolfgang — Versuch durch Unterlassung. Diss. Erlangen 1932.

BAR, Ludwig von — Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform. Bd. II. Die Schuld nach dem Strafgesetze. Berlin 1907.

BAUERMEISTER, Karl Heinz — Der Versuch des Unterlassungsdelikts. Diss. Leipzig 1938.

BAUMANN, Jürgen

Schuld und Verantwortung. In: JZ 1962, 40 - 48.
Strafrecht. Allgemeiner Teil. 7. Aufl. Bielefeld 1975.
Strafrechtsfälle und Lösungen. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Bielefeld 1970.
Täterschaft und Teilnahme. In: JuS 1963, 51 - 59, 85 - 98, 125 - 138.

BECHER, Klaus Martin

Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch gemäß § 22 des 2. StrRG. Diss. Münster 1973.

BELING, Ernst

Methodik der Gesetzgebung insbesondere der Strafgesetzgebung. Berlin 1922.

BERTEL, Christian

Begehungs- oder Unterlassungsdelikt? Zu der Lehre von der actio libera in causa. In: JZ 1965, 53 - 55.

BINDING, Karl

Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. 2. Bd. 1. Hälfte. Zurechnungsfähigkeit, Schuld. 2. Aufl. Leipzig 1914.

BOCKELMANN, Paul

Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie. In: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, Göttingen 1968, S. 252 - 259.
Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2.Aufl. München 1975
Strafrechtliche Untersuchungen. Göttingen 1957.

CRAMER, Peter — Anmerkung zu BGH JZ 1968,272. In:JZ 1968, 273 - 276.
Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt. Tübingen 1962.

DELAQUIS, Ernst — Der untaugliche Versuch. Berlin 1904.

DREHER, Eduard — Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen. 35. Aufl. München 1975.

ENGISCH, Karl — Besprechung von: Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. In: JZ 1962, 189 - 192.
Der finale Handlungsbegriff. In: Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch, Berlin 1944, S. 141 - 179.
Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände. Tübingen 1931.
Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. Berlin 1930.

EntwurF — eines Strafgesetzbuches (StGB),E 1962, mit Begründung. Bundesratsvorlage. BR-Drucksache 200/62. Bonn, 1962.

ESER, Albin — Strafrecht. Bd. I und II. Frankfurt 1971.

FINGER, August — Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1. Bd. Berlin 1904.

FRANK, Reinhard

Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. Tübingen 1931.
(Hinweise auf die 17. Auflage, Tübingen, 1926, sind jeweils besonders vermerkt)
Vollendung und Versuch. In: Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. V. Bd. Berlin 1908. S. 163 - 268.

GALLAS, Wilhelm

Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. In: ZStW 67 (1955), 1 - 47.

GEILEN, Gerd

Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts. In: Festschrift für Reinhard Maurach, Karlsruhe 1972, S. 173 - 195.
Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Unterbringung und Rücktritt - BGHSt 23,356. In: JuS 1972, 73 - 79.

GERLAND, Heinrich

Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin, Leipzig 1922.

GLASER, Julius

Abhandlungen aus dem Österreichischen Strafrecht. Bd. 1. Wien 1858.
Artikel: Unterlassungsverbrechen. In: Rechtslexikon, hrsg. von Franz v. Holtzendorff. 3. Aufl. Bd. 2. Leipzig 1881. S. 932 - 938.
Wann ist eine strafbare Unterlassung als vollendet anzusehen? In: GS 34 (1883) 146 - 148.

GLASER, Stefan — Der Versuch des Unterlassungsdelikts. In: MSchrKrimPsych 1935 (26),254 - 263.

GRÜNWALD, Gerald — Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts. In:JZ 1959, 46 - 49.
Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts. In: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin 1966, S. 281 - 303.

GUTMANN, Alexander Peter — Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue.
Hamburg 1963.

HAFTER, Ernst — Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 2. Aufl Bern 1946.

HALL, Karl Alfred — Über die Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung. In: Erinnerungsgabe für Max Grünhut, Marburg, 1965, S. 213 - 230.

HARDWIG, Werner — Vorsatz bei Unterlassungsdelikten. In: ZStW 74 (1962), 27 - 47.
Die Zurechnung. Hamburg 1957.

HEINITZ, Ernst — Streitfragen der Versuchslehre. In: JR 1956, 248 - 252.

HENKEL, Heinrich — Anmerkung zu RG JW 1937,2375, ebenda.

HERZBERG, Rolf Dietrich — Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf. In: ZStW 85 (1973), 867 - 892.
Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip. Berlin, New York 1972.
Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. In: MDR 1973, 89 - 96.

HILLENKAMP, Thomas — Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Kausalverlauf.
Göttingen 1971.

HIPPEL, Robert von — Deutsches Strafrecht. 1. Bd.: Allgemeine Grundlagen. 2. Bd.: Das Verbrechen. Allgemeine Lehren.
Berlin 1925/1930.

HORN, Eckhard — Actio libera in causa - eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur? In: GA 1969, 289 - 306.

HRUSCHKA, Joachim — Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit - BGHSt 21, 381.
In: JuS 1968, 554 - 559.
Methodenprobleme bei Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters. Zugleich eine Apologie des Art. 12 SchStGB. In: SchZStrR 90 (1974), 48 - 77.

JESCHECK, Hans-Heinrich — Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht. In: ZStW 77 (1965), 109 - 148.

	Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Berlin 1972.
KATZENSTEIN, Richard	Die Straflosigkeit der actio libera in causa. Berlin 1901.
KAUFMANN, Armin	Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. Göttingen 1959. Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze. In: ZStW 70 (1958), 64 - 86. Unterlassung und Vorsatz. In: Festschrift für Hellmuth von Weber, Bonn 1963, S. 207 - 232.
KAUFMANN, Arthur	Die ontologische Struktur der Handlung, Skizze einer personalen Handlungslehre. In: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin 1966, S. 79 - 118. Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung. Heidelberg 1961.
KLEE, Karl	Die Grenze zwischen Versuch (Unternehmen) und Vorbereitung. In: DtStR 1934, 283 - 292.
KÖHLER, August	Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Leipzig 1917.
KOHLRAUSCH, Eduard LANGE, Richard	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen. 43. Aufl. Berlin 1961.

KRAUSE, Friedrich W. — Betrachtungen zur actio libera in causa, insbesondere in der Form vorsätzlicher Begehung. In: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin 1966, S. 305 - 316.

KRUG, August Otto — Commentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen. Leipzig 1855.

KUBACH, Rudolf — Der Versuch des Unterlassungsdeliktes. Diss. Tübingen 1968.

KUNZ, Hermann — Gibt es einen Versuch beim echten Unterlassungsdelikt? Düsseldorf 1938.

LANDSBERG, Ernst — Die sogenannten Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht. Freiburg 1896.

LEIPZIGER KOMMENTAR — Strafgesetzbuch. Begründet von Ludwig Ebermayer, Adolf Lobe, Werner Rosenberg. 9. Aufl. Hrsg. von Paulheinz Baldus und Günther Willms. Berlin 1970 - 1974. (Hinweise auf die 5. Auflage, Berlin und Leipzig 1933, sind jeweils besonders vermerkt.)

LENCKNER, Theodor — Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff. In: GA 1961, 299 - 314.

	Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit. In: Handbuch der forensischen Psychiatrie. Hrsg. von Hans Göppinger und Hermann Witter. Bd. 1, Teil A. Berlin, Heidelberg 1972.
LISZT, Franz von SCHMIDT, Eberhard	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1. Bd. Einleitung und Allgemeiner Teil. 26. Aufl. Berlin, Leipzig 1932.
LOENING, Richard	Die Zurechnungslehre des Aristoteles. Jena 1903.
LÖNNIES, Otward	Rücktritt und tätige Reue beim unechten Unterlassungsdelikt. In: NJW 1962, 1950 - 1952.
LUDEN, Heinrich	Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte. 1. Bd. Über den Versuch des Verbrechens. Göttingen 1836.
MAIHOFER, Werner	Der Versuch der Unterlassung. In: GA 1958, 289 - 298.
M[illegible]TN, Ludwig	Anmerkung zu BGH LM Nr. 6 zu § 51, ebenda.
MAYER, Hellmuth	Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch. Stuttgart, Köln 1953. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967.
MAURACH, Reinhart	Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Karlsruhe 1971. Fragen der actio libera in causa. In: JuS 1961, 373 - 382.

MEISTER, Hans-Georg	Anm. zu BGH MDR 1955, 688, ebenda.
MERKEL, Adolf	Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
MEZGER, Edmund	Strafrecht. Ein Lehrbuch. 3. Aufl. Berlin, München 1949.
MEZGER, Edmund BLEI, Hermann	Strafrecht I. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch. 15. Aufl. München 1973.
MUNOZ-CONDE, Francisco	Der mißlungene Rücktritt: Eine Wiederkehr der Erfolgshaftung? In: GA 1973, 33 - 40.
NICKEL, Egbert	Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz "nullum crimen sine lege" (Art. 103 Abs. 2 GG). Berlin 1972.
NIEDERSCHRIFTEN	Über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission. 2. Bd. Allgemeiner Teil. Bonn 1958.
NOACK, Roland	Tatverlauf und Vorsatz. Diss. Hamburg 1966.
OEHLER, Dietrich	Anmerkung zu BGH JZ 1970,379. In: JZ 1970, 380 - 382. Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung. In: GA 1956, 1 - 6.
OLSHAUSEN, Justus von	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1. Bd. 10. Aufl. Berlin 1916.

OTTO, Harro — Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht. In: Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe 1972, S. 91 - 105.

OVERBECK, Alfred von — Unterlassung durch Begehung. In: GS 88 (1922), 319 - 337.

PLATZGUMMER, Winfried — Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage. Wien 1964.

RADBRUCH, Gustav — Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Berlin 1904.

RIETDORF, Fritz
HEISE, Gerd
BÖCKENFÖRDE, Dieter
STREHLAU, Bert. — Ordnungs- und Polizeirecht in Nordrhein-Westfalen. 2. Aufl. München, Hannover 1972.

RÖDIG, Jürgen — Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz. Berlin 1969.

ROHDE, Adolf — Die Natur des echten Unterlassungsdelikts und die Folgerungen daraus. Diss. Leipzig 1913.

ROXIN, Claus — Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - BGHSt 7, 363. In: JuS 1964, 53 - 61.
Der Anfang des beendeten Versuchs. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten. In: Festschrift für

Reinhart Maurach, Karlsruhe 1972, S. 213 - 233.
An der Grenze von Begehung und Unterlassung. In: Festschrift für Karl Engisch, Frankfurt 1969, S. 380 - 405.
Kriminalpolitik und Strafrechtssystem. 2. Aufl. Berlin 1973.
Zur Kritik der finalen Handlungslehre. In: ZStW 74 (1962), 515 - 561.
Die provozierte Notwehrlage. In: ZStW 75 (1963), 541 - 590.
Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch. In: Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin 1972, S. 251 - 276.
Strafrechtliche Grundlagenprobleme. Berlin 1973.
Täterschaft und Tatherrschaft. 2. Aufl. Hamburg 1967.
Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch. In: JuS 1973, 197 - 202, 329 - 337.

RUDOLPHI, Hans-Joachim

Die Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch - OLG Celle, NJW 1972, 1823. In: JuS 1973, 20 - 25.
Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdeliktes. In: MDR 1967, 1 - 6.
Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums. Göttingen 1969.

SAX, Walter — Grundsätze der Strafrechtspflege. In: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Bd. 3, 2. Halbband, Berlin 1959, S. 909 - 1014.

SCHEURL, Guntram von — Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer. Berlin 1972.

SCHEWE, Günter — Bewußtsein und Vorsatz. Neuwied 1967.

SCHLEGL, Hugo — Der Rücktritt vom Versuch eines zurechnungsunfähigen Täters und die Unterbringung nach § 42 b StGB. In: NJW 1968, 25 - 26.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard — Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit. In: GA 1957, 305 - 314. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch. Tübingen 1970.

SCHÖNE, Wolfgang — Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung "unechter" Unterlassungsdelikte. Köln 1974.

SCHÖNKE, Adolf
SCHRÖDER, Horst — Strafgesetzbuch. Kommentar. 17. Aufl. München 1974.

SCHRÖDER, Horst — Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch. In: JuS 1962, 81 - 87.

SCHÜNEMANN, Bernd — Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Göttingen 1971.

SCHWALBACH, Th. — Zur Lehre von den unechten Unterlassungsdelikten. In: GS 31 (1879), 539 - 553, 603 - 615.

SCHWARZE, Friedrich Oskar von — Versuch und Vollendung. In: Handbuch des deutschen Strafrechts. 2. Bd. Die allgemeinen Lehren, Berlin 1871, S. 267 - 317.

SCHWINGHAMMER, Helmut — Die Rechtsfigur der actio libera in causa und ihr Anwendungsbereich über den Rahmen des § 51 hinaus. Diss. München 1966.

SPANGENBERG, Ernst — Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit. In: Neues Archiv für Criminalrecht IV, 527 - 555.

SPENDEL, Günter — Kritik der subjektiven Versuchstheorie. In: NJW 1965, 1881 - 1888.
Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie. In: Studien zur Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Ulrich Stock, Würzburg 1966, S. 89 - 114.

STIENEN, Joseph Justus — Fälle einer begrifflichen Unmöglichkeit des Versuchs. Diss. Münster 1912.

STRATENWERTH, Günter — Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit. In: ZStW 71 (1959), 51 - 71.
Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat. Köln, Berlin, Bonn, München 1971.

SYSTEMATISCHER — Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil (§§ 1 - 79 b). Von Hans-Joachim Rudolphi,

THORMANN, Philipp
OVERBECK, Alfred von — Das Schweizerische Strafgesetzbuch. 1. Bd., Allgemeiner Teil. Art. 1 - 110. Zürich 1946.

WACHENFELD, Friedrich — Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. München 1914.

WAIBLINGER, Max — Die Abgrenzung des strafbaren Versuchs von der straflosen Vorbereitungshandlung. In: SchZStrR 72 (1957), 121 - 143.

WEBER, Hellmuth von — Zum Aufbau des Strafrechtssystems. Jena 1935.

WELP, Jürgen — Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung. Berlin 1968.

WELZEL, Hans — Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft. Marburg 1964.
Das deutsche Strafrecht. 11. Aufl. Berlin 1969.
Hinweise auf die 2. Aufl., Berlin 1949, und die 8. Aufl., Berlin 1963 sind jeweils besonders vermerkt.
Kausalität und Handlung. In: ZStW 51 (1931), 703 - 720.
Naturrecht und Rechtspositivismus. In: Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 279 - 294.
Studien zum System des Strafrechts. In: ZStW 58 (1939), 491 - 566.

WESSELS, Johannes	Strafrecht. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Karlsruhe 1976.
WOLFF, Ernst Amadeus	Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung. In: Festschrift für Wilhelm Gallas, Berlin 1973, S. 197 - 226.
	Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung. Heidelberg 1965.
ZACHARIÄ, Heinrich Albert	Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. 1. und 2. Teil. Göttingen 1836/1839.
ZWEITER	schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform über den von den Abgeordneten Frau Dr. Diemer-Nicolaus, Dr. h.c. Güde, Dr. Dehler, Dr. Wilhelmi und Genossen eingebrachten Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) - Drucksache V/32 - über den von den Abgeordneten Frau Dr. Diemer-Nicolaus, Busse (Herford), Dorn und der Fraktion der FDP eingebrachten Entwurf eines Strafgesetzbuches (Allgemeiner Teil) - Drucksache V/2285. Bundestagsdrucksache V/4095. Bonn o.J.

Beiträge aus Zeitschriften, Festschriften und Handbüchern werden mit dem Namen des Verfassers und der Fundstelle zitiert. Dissertationen werden mit dem Namen des Verfassers und dem Zusatz "Diss." zitiert. Andere selbständige Werke sind mit dem Namen des Verfassers und einem dem Titel des Werkes entnommenen Stichwort zitiert.

1. Kapitel

Einleitung

A. Abgrenzung des Themas

Gegenstand der Untersuchung sind Fragen des Versuchs beim unechten Unterlassungsdelikt. Zu diesem Thema liegt schon eine Reihe von Arbeiten vor[1]. Dennoch erscheint eine neue Bearbeitung gerechtfertigt. Nachdem das Thema einige Zeit hindurch kaum mehr diskutiert wurde und sich in den Lehrbüchern und Kommentaren zumeist relativ summarische Stellungnahmen fanden, hat es durch eine Kontroverse zwischen Roxin[2] und Herzberg[3] erneut Aktualität gewonnen.
Zudem ist durch die am 1. Januar 1975 in Kraft getretene Reform des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches die Diskussionsgrundlage verändert worden. Einige der früher zum Versuch vertretenen Lehren sind durch § 22 StGB[4] überholt.
Zu dieser Vorschrift ist gesagt worden, sie sei auf den Begehungsversuch des Alleintäters ausgerichtet[5]. Daher widmet die vorliegende Arbeit sich der Aufgabe, den § 22 im Hinblick auf das Unterlassungsdelikt zu konkretisieren. Im folgenden werden nicht alle Probleme, die unter die Rubrik "Versuch des Unterlassungsdelikts" fallen, behandelt. Die Arbeit ist vielmehr dem Versuch als dem zeitlich noch nicht vollendeten Delikt gewidmet. Das bedeutet, daß die Fälle eines nicht voll-

---

1) STIENEN, Diss.; ROHDE, Diss.; BAALSS, Diss.; BAUERMEISTER, Diss.; GLASER, Stefan, MSchrKrimPsych 1935 (26), 254 ff.; KUNZ, Versuch; MAIHOFER, GA 1958, 289 ff.; GRÜNWALD, JZ 1959, 46 ff.; RUDOLPHI, MDR 1967, 1 ff.; KUBACH, Diss.; ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 213 ff.; HERZBERG, MDR 1973, 89 ff.

2) ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 213 ff.

3) HERZBERG, MDR 1973, 89 ff.

4) Im folgenden beziehen sich §§ ohne weitere Bezeichnung auf das StGB

5) ROXIN, JuS 1973, 329

endbaren Delikts nicht erörtert werden. Die Problematik des untauglichen Versuchs, insbesondere die des untauglichen Täters, wird ausgeklammert. Die diesbezüglichen Fragen sind zwar umstritten[1], ihre Lösung würde aber eine Auseinandersetzung mit der allgemeinen Problematik des untauglichen Täters unter Einbeziehung des Begehungsdelikts erfordern, die hier nicht geleistet werden kann. Insoweit handelt es sich nicht um ein spezifisches Problem des Unterlassungsdelikts, was nicht ausschließt, daß die Besonderheiten des Unterlassungsdelikts bei der Lösung berücksichtigt werden müssen.

Die Untersuchung wird weiterhin auf unechte Unterlassungsdelikte beschränkt. Angesichts der Vielzahl von Definitionen zur Echtheit und Unechtheit von Unterlassungsdelikten bedarf es einer Erläuterung, was hier unter unechten Unterlassungsdelikten verstanden werden soll[2]. Unter den zur Verfügung stehenden Einteilungen der Unterlassungsdelikte ist diejenige auszuwählen, die dem Gegenstand der Untersuchung entspricht. Es müssen diejenigen Unterlassungsdelikte, bei denen ein Zeitraum zwischen strafbarer Untätigkeit und der Vollendung des Delikts liegen kann, erfaßt und von den übrigen geschieden werden; denn nur bei ihnen stellt sich das Problem des Versuchs als eines zeitlich unvollendeten Delikts. Diese Bedingung erfüllen diejenigen Unterlassungsdelikte, bei denen der Untätigbleibende mit der strafrechtlichen Verantwortung für den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs belastet wird. Im Gegensatz dazu stehen jene Unterlassungsdelikte, bei denen eine bloße Unbotmäßigkeit gegen ein gesetzliches Handlungsgebot bestraft wird, ohne daß der Täter mit der Verantwortung für den Erfolg beschwert wird[3]. Als Erfolg im Sinne die-

---

1) Vgl. RUDOLPHI, MDR 1967, 1 ff. und SCHMIDHÄUSER, AT, 17/39 f., S. 572 f.

2) Vgl. zu den möglichen Definitionen, HERZBERG, Garantenprinzip, S. 21 ff.

3) So die Definition von JESCHECK, ZStW 77 (1965) 122, AT, § 58 III, S. 458 ff.; MEZGER-BLEI, AT, § 27 I, S. 81 f., WESSELS, AT, § 16 I 1, S. 129 f. Diese Unterscheidung findet sich schon bei ZACHARIÄ, Lehre, Bd. I S. 66 f.

ser Definition ist die schädliche Folge des Unterlassens anzusehen. In einem anderen Sinn gehört auch zum Tatbestand der echten Unterlassungsdelikte insofern ein "Erfolg", als der Verpflichtete einen positiven Zustand herbeiführen, sich z.B. entfernen (§ 123 2. Alt.), Anzeige erstatten (§ 138) oder Hilfe leisten (§ 330 c)[1] muß. Bei den echten Unterlassungsdelikten gehört der Eintritt des schädlichen Erfolgs, um dessen Abwendung willen die Handlungspflicht statuiert ist, jedoch nicht zum Deliktstatbestand. So kann jemand wegen Nichtanzeige eines Verbrechens bestraft werden, auch wenn das Verbrechen verhindert wird. Die unterlassene Hilfeleistung ist auch dann strafbar, wenn sich herausstellt, daß der Hilfsbedürftige durch das Unterlassen keinen weiteren Schaden erlitten hat[2].

Es ist einleuchtend, daß sich bei den in diesem Sinne unechten Unterlassungsdelikten die Problematik eines Versuch anders stellt als bei den echten. Bei den unechten Unterlassungsdelikten ist eine Zeitspanne zwischen der gegen ein Verbot verstoßenden Untätigkeit und dem die Deliktsvollendung bewirkenden Erfolgseintritt möglich. Die echten Unterlassungsdelikte erschöpfen sich dagegen in der Untätigkeit, die eine Unbotmäßigkeit gegenüber einem gesetzlichen Gebot darstellt. Hier läßt sich sagen, daß das Gebot entweder verletzt sei oder nicht. Im ersten Fall ist das Delikt vollendet, während der zweite strafrechtlich irrelevant ist[3].

Die echten Unterlassungsdelikte sind somit ein Gegenstück zu den Tätigkeitsdelikten, bei denen sich das Versuchsproblem auch anders stellt als bei den Begehungserfolgsdelikten. Es soll hier nicht untersucht werden, ob nicht bei den echten Unter-

---

1) Auf die Äquivokationen des Begriffs "Erfolg" hat schon ANDROULAKIS, Studien, S. 144, hingewiesen. Vgl. auch HERZBERG, Garantenprinzip, S. 23 f.

2) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 330 c Rdnr. 1. Vgl. zur Auslegung des § 330 c auch KAUFMANN, Dogmatik, S. 231 ff und HERZBERG, Garantenpr., S. 24 ff.

3) Dies ist die Argumentation, mit der schon in der älteren Literatur die Denkbarkeit eines Versuchs des echten Unterlassungsdelikts geleugnet wurde. Vgl. schon ZACHARIÄ, Lehre, Bd. I S. 68 f.

lassungsdelikten doch ein Versuch konstruierbar ist. Für das geltende Recht wäre diese Figur bedeutungslos, da das StGB bei den Delikten, die als echte Unterlassungsdelikte zu bezeichnen sind, den Versuch nicht mit Strafe bedroht. Die Frage nach der Denkbarkeit des Versuchs bei diesen Delikten ist daher rein theoretischer Natur.

Die getroffene Abgrenzung trennt somit diejenigen Unterlassungsdelikte, zu deren Tatbestand Untätigkeit und Erfolg gehören, von jenen, die nur eine Untätigkeit voraussetzen.

Im Gegensatz hierzu werden von Schröder, Kaufmann, Welzel und Stratenwerth als "echt" diejenigen Unterlassungsdelikte bezeichnet, die im Gesetz unmittelbar vertypt sind, während als "unecht" die im Gesetz nicht unmittelbar geregelten angesehen werden[1]. Diese rein positiv-rechtliche Unterscheidung ist für die vorliegende Untersuchung nicht geeignet. Sie verdeckt den hier bedeutungsvollen Unterschied zwischen qualifiziertem und einfachem Unterlassen[2] und erlaubt es nicht, die Fälle des einfachen Unterlassens auszugrenzen.

Das gleiche gilt für die Theorie, nach der sich die beiden Erscheinungsformen der Unterlassungsdelikte nach der Art der verletzten Norm unterscheiden[3]. Danach ist ein Unterlassungsdelikt "echt", wenn der Täter gegen ein Gebot,"unecht", wenn er gegen ein Verbot verstößt[4]. Den Unterschied, auf den es für die vorliegende Untersuchung ankommt, erfaßt diese Einteilung nicht.

Im folgenden werden hiernach diejenigen Unterlassungsdelikte untersucht, zu deren Tatbestandserfüllung ein schädlicher Erfolg gehört, dessen Eintritt dem Täter angelastet wird. Es geht allein um die Unterlassungserfolgsdelikte.

---

1) Armin KAUFMANN, Dogmatik, S. 206 ff.; WELZEL, Lehrbuch, S. 202 f.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB Rdnr. 79 vor § 1, STRATENWERTH, AT, Rdnr. 1049

2) Diese Terminologie hat JESCHECK, AT, § 58 III 2, S. 459, anstelle des Begriffspaars echt/unecht vorgeschlagen

3) BAUMANN, AT, § 18, S. 240 ff.; KOHLRAUSCH-LANGE, StGB, Vorb. II 1 vor § 1; MAURACH, AT, § 45 I C, S. 580

4) Vgl. zur Kritik an dieser Abgrenzung ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 4 und HERZBERG, Garantenprinzip, S. 27 ff.

Im Rahmen dieser Beschränkung auf den Versuch als zeitlich noch nicht vollendetes Delikt bei den unechten Unterlassungsdelikten werden drei Fragen erörtert. Zunächst wird untersucht, ob der Versuch bei diesen Delikten überhaupt eine zeitliche Dauer haben kann. Die überwiegende Meinung in der Literatur bejaht diese Frage. Dem ist jedoch Armin Kaufmann in sehr grundsätzlicher Weise entgegengetreten[1]. Er meint, beim Unterlassungsdelikt gebe es nur den untauglichen Versuch. Dies folge aus ontischen Gegebenheiten. Die Überprüfung dieser These ist zugleich die Voraussetzung für die Behandlung der nächsten Frage, nämlich der nach dem Beginn des Versuchs. Diesem Problem ist bisher wohl die meiste Aufmerksamkeit gewidmet worden. Dennoch sind die Bemerkungen dazu in Lehrbüchern und Kommentaren zumeist knapp und summarisch. Hier wird bei der Untersuchung der Weg eingeschlagen, zunächst die neue Vorschrift des § 22 auszulegen. Diese Vorschrift ist ihrem Wortlaut nach offensichtlich auf den Begehungsversuch eines Einzeltäters zugeschnitten. Zur Bewältigung der gestellten Fragen müssen daher ihr Gehalt und die mit ihr verfolgten Intentionen dargelegt werden. Im Anschluß daran werden einige Typen von Unterlassungsfällen vorgestellt, an denen die Tauglichkeit verschiedener Abgrenzungskriterien erprobt wird.
Schließlich wird die Frage behandelt, ob es beim Unterlassungsdelikt neben dem beendeten auch einen unbeendeten Versuch oder nur eine dieser Formen gibt. In Lehrbüchern und Kommentaren ist diese Frage bisher einmütig dahin beantwortet worden, daß es beide Versuchsarten gibt. Das ist aber keineswegs so unzweifelhaft, wie es danach scheinen mag. So sind z.B. Herzberg und Roxin, die im übrigen konträre Standpunkte vertreten, sich darin einig, daß es beim Unterlassungsdelikt nur einen beendeten Versuch gibt[2].
Vor der Behandlung dieser drei Fragenkomplexe wird im folgenden ein kurzer Überblick über die Dogmengeschichte gegeben.

---

1) ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 204 ff.. Ihm hat sich WELZEL, Lehrbuch S. 221 angeschlossen

2) ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 232; HERZBERG, MDR 1973, 93

Dabei wird auch die Behandlung des Versuchs bei echten Unterlassungsdelikten einbezogen, soweit sich hier Argumente finden, die für die Diskussion des unechten Unterlassungsdelikts von Bedeutung sind.

B. Überblick über die Dogmengeschichte

Bei der Erörterung des Versuchs eines unechten Unterlassungsdelikts sind von jeher sowohl die äußere als auch die innere Tatseite als problematisch empfunden worden. Die Diskussion der äußeren Tatseite hat dabei allerdings im Vordergrund gestanden.

I. Die innere Tatseite

Die subjektive Komponente des Versuchs, der Entschluß, hat die Wissenschaft weniger beschäftigt als die richtige Erfassung der objektiven Seite des Versuchs beim Unterlassungsdelikt.

Daß die Unterlassung ein willensgetragenes Verhalten ist, war jenen Autoren unzweifelhaft, die in den Begriff der Unterlassung irgendwelche Handlungsmomente inkorporierten. Das gilt für Ludens Theorie von der Kausalität des Andershandelns[1] und die Theorien, die das vorangegangene Handeln miteinbezogen[2], ebenso wie für die Interferenztheorie[3], die die Unterlassung eigentlich als eine im Innern des Täters stattfindende Handlung ansah, durch die der Handlungsimpuls unterdrückt wird. Diese Theorien sind jedoch heute überwunden und können daher zur Beantwortung der Frage nach dem Unterlassungsvorsatz nicht mehr herangezogen werden.
Schon früh wurde die Ansicht vertreten, es gebe keinen Unterlassungswillen.

---

1) LUDEN, Abhandlungen I, S. 473 f.

2) KRUG, Commentar, Abt. I, S. 81 ff.; GLASER, Abhandlungen I, S. 289 ff. und Rechtslexikon, S. 932 ff.; MERKEL, Lehrbuch, S. 114

3) BINDING, Normen II 1, S. 546 ff.

Schwalbach folgerte dies aus dem Wesen der Unterlassung als einer Nichtveränderung. Die Nichtveränderung des eigenen Zustandes bedürfe des kausalen Willens nicht und könne auch nicht gewollt werden, so meinte er[1]. Die erste Hälfte dieses Satzes ist ohne weiteres einsichtig. Für die Folgerung, die Unterlassung könne auch nicht gewollt werden, ist Schwalbach aber eine Begründung schuldig geblieben. Sie beruht auf einer Sicht der Unterlassung als einer Nicht-Handlung. Die Unterlassung wird also nur als Negativum gesehen. Die Frage, ob die Unterlassung nicht mehr ist als bloße Nichtveränderung des eigenen Zustandes, nämlich die bewußte Nichtveränderung, diskutiert Schwalbach nicht.
Diesen Schritt hat Loening getan. Er stellte die Frage, ob nicht neben dem Fehlen eines Handlungsentschlusses bei der Unterlassung ein positives Element zu finden sei. Er kam zu dem Ergebnis, die Unterlassung beruhe nicht auf einem wirklichen Willensakt, sondern auf dem Willensvermögen, d.h. der Möglichkeit, sich zwischen Handeln und Nichthandeln zu entscheiden[2]. Es bleibt aber die Frage, ob nicht die bewußte Entscheidung für das Nichthandeln ein ausreichendes Willensverhalten ist.

Dies war seit jeher die Ansicht der Mehrzahl der Autoren. Sie sahen im Unterlassungsvorsatz kein besonderes Problem. Als vorsätzlich wurde eine Unterlassung angesehen, wenn sich der Täter vorstellt, daß und wie er handeln kann, und dennoch bewußt untätig bleibt[3]. Angefochten wurde diese Ansicht erst wieder von Armin Kaufmann, der die Möglichkeit eines Unterlassungsvorsatzes leugnet[4]. Dabei stützt er sich teilweise auf ähnliche Argumente wie Schwalbach und Loening. Eine eingehende Darstellung und Würdigung der Lehre Kaufmanns folgt im nächsten Kapitel.

---

1) SCHWALBACH, GS 31,609. Seine Argumentation ähnelt der KAUFMANNS. Vgl. dazu unten S. 15 ff.

2) LOENING, Zurechnungslehre, S. 249 ff.

3) Vgl. z.B. RADBRUCH, Handlungsbegriff, S. 133 f.; MEZGER, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 131, § 16 II; FRANK, StGB, § 59 I 1; v. LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, S. 169 f.

4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 66 ff. und Festschrift v. Weber, S. 207 ff.

II. Die äußere Tatseite

Hier liegt die Schwierigkeit darin, in dem gleichförmigen Unterlassen einen Punkt zu bestimmen, der als unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung bezeichnet werden kann. Aus dem Verhalten des Täters ragen zwei Zeitpunkte heraus, die als Anknüpfungspunkt für den Versuchsbeginn in Betracht kommen: das Verstreichenlassen der e r s t e n bzw. der l e t z t e n Rettungsmöglichkeit.

1. Versuch mit dem Verstreichenlassen der letzten Eingriffsmöglichkeit

Schon früh ist angenommen worden, daß der Versuch eines unechten Unterlassungsdeliktes vorliegt, wenn der Täter die letzte Möglichkeit einzugreifen ungenutzt verstreichen läßt[1]. Wenn danach der Erfolg durch Zufall oder aufgrund des Eingreifens eines Dritten ausbleibt, so ist der Täter eines versuchten Delikts schuldig. Denn, so meinte schon Zachariä, in diesem Verhalten finde sich unverkennbar eine Richtung des Willens auf die Bewirkung des Erfolges[2]. In diesem Fall liegt das, was überhaupt beim Unterlassungsdelikt Ausführung sein kann, ohne daß der Erfolg schon eingetreten ist, vollständig vor. Dieser Fall ist demgemäß seit jeher als unproblematisch empfunden worden.

2. Versuch vor dem Verstreichenlassen der letzten Eingriffsmöglichkeit

Umstritten war jedoch, ob auch schon vor diesem Zeitpunkt ein Versuch angenommen werden könne. Diese Frage wurde meist anhand zweier Fallgestaltungen abgehandelt, die eine besondere Struktur aufweisen.

---

1) ZACHARIÄ, Lehre, Bd. I S. 67; LUDEN, Abhandlungen I, S. 469; LANDSBERG, Commissivdelikte, S. 172; v. BAR, Gesetz und Schuld II, S. 542; FINGER, Lehrbuch I, S. 316; WACHENFELD, Lehrbuch, S. 168; v. OLSHAUSEN, StGB, § 43 Anm. 27; GERLAND, Strafrecht, S. 134; ALLFELD, Lehrbuch, S. 188; v. HIPPEL, Strafrecht I, S. 408 f.; FRANK, StGB, § 43 V; BAUERMEISTER, Diss., S. 49 ff.

2) ZACHARIÄ, Lehre, Bd. I., S. 67

a. Fälle einer Sukzession einzelner Unterlassungen

Als beispielhaft für die erste dieser Gruppen kann der schon 1821 von Spangenberg erörterte Fall angesehen werden, daß eine Mutter ihr Kind durch Verhungernlassen töten will[1]. Hier unterläßt es die Mutter mehrere Male, eine zu bestimmten Zeiten von ihr erwartete Handlung vorzunehmen, so daß man von sukzessiven Unterlassungen reden kann. Der Fall ähnelt solchen Begehungsdelikten, bei denen eine Handlung auf der vorhergehenden aufbaut. Spangenberg nahm ein versuchtes Tötungsdelikt jedenfalls dann an, wenn das Kind nach mehreren Tagen dem Verhungern nahe sei[2]. Dazu, ob möglicherweise schon früher ein Versuch vorliegt, äußerte sich Spangenberg nicht. Luden, der diesen Fall ebenfalls untersuchte, nahm einen Versuch an, sobald dem Kind Lebensgefahr drohe[3]. Interessant ist hieran die Begründung. Im Anschluß an Art. 178 CCC, wo als Anfang des Versuchs die Ausführung von "etlichen scheinlichen wercken, die zur volnbringung der missethat dienstlich sein mögen" angesehen wird, wird für Luden der Versuchsbeginn durch ein solches Verhalten charakterisiert, das den Vorsatz des Täters offenbart, d.h. scheinlich macht u n d zur Erreichung des Erfolgs geeignet ist[4]. In dem Mutter-Kind-Fall bejaht Luden die Scheinlichkeit, sobald dem Kind Lebensgefahr droht. In diesem Moment ist auch die zweite Voraussetzung, die Erfolgsnähe, gegeben. Ludens Abgrenzung beruht somit auf zwei Erwägungen, der prozessual fundierten der Offensichtlichkeit des Vorsatzes und der materiellen der Erfolgsnähe.
Diese Fallgestaltung wurde in der Folge erst wieder von Frank behandelt. Er war wohl der erste, der für einen frühen Versuchsbeginn plädierte. Frank nahm an, der Versuch beginne, sobald die Mutter die erste planmäßige Mahlzeit ausfallen lasse[5].

---

1) SPANGENBERG, Neues Archiv f. Criminalrecht IV (1820/21) S. 549 ff.
2) SPANGENBERG, a.a.O. S. 550 f.
3) LUDEN, Abhandlungen I, S. 470
4) LUDEN, a.a.O. S. 460 f.
5) FRANK, VDA, V. S. 210

Dies begründete er recht formalistisch damit, daß die Vornahme dieser Handlung geboten sei. Man vermißt bei ihm jedoch eine Begründung dafür, daß diese außerstrafrechtlich sicherlich vorhandene Pflicht strafrechtliche Relevanz aufweisen soll.
Der Mutter-Kind-Fall ist seither oft als Beispiel für einen Versuch beim Unterlassungsdelikt angeführt worden, wobei die Ansichten, wann der Versuch hier beginnt, auseinandergehen[1]. Seit sich ab etwa 1920 die Ansicht durchzusetzen begann, daß allgemein ein Versuch auch vor dem Verstreichenlassen der letzten Abwendungsmöglichkeit vorliegen könne, hat der Mutter-Kind-Fall seine Ausnahmestellung verloren.

b. Fälle der Selbstbehinderung

Zunächst wurde die Möglichkeit, schon vor dem Verstreichenlassen der letzten Handlungsmöglichkeit einen Versuch zu bejahen, nur für eine weitere besondere Fallgruppe erwogen, nämlich dort, wo sich der Täter die Erfüllung einer auf ihn zukommenden Pflicht von vornherein unmöglich macht oder erschwert.
Auch dieser Fall ist schon von Luden erörtert worden. Er meinte, der Versuch beginne hier mit der Selbstbehinderungshandlung. Luden behandelte diese Konstellation zwar ausdrücklich nur für das echte Unterlassungsdelikt, seinen Ausführungen ist jedoch zu entnehmen, daß er in einer solchen Selbstbehinderung auch beim unechten Unterlassungsdelikt einen Versuch sehen würde[2]. Ludens Ansicht haben sich in der Folge weitere Autoren angeschlossen[3]. Sie begründeten diese Ansicht damit, daß der Täter, der sich die Erfüllung einer Pflicht unmöglich mache, indem er sich etwa betrinke oder entferne, in ausreichender und unzweideutiger Weise seinen Deliktsentschluß manifestiere.

---

1) Wie FRANK: v. OLSHAUSEN, StGB, § 43 Anm. 27; GERLAND, Strafrecht, S. 134; BAUERMEISTER, Diss., S. 51; MEZGER, Lehrbuch 3. Aufl. § 50 II 1, S. 377; STIENEN, Diss., S. 19, v. LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, S. 367. Für späteren Versuchsbeginn z.B. GRÜNWALD, JZ 1959,49; SCHMIDHÄUSER, AT, 17/38, S. 572

2) LUDEN, Abhandlungen I, S. 468 FN 4

3) v. BAR, Gesetz und Schuld II, S. 542; ALLFELD, Lehrbuch, S. 188 f.; WACHENFELD, Lehrbuch, S. 168 f.; BAUERMEISTER, Diss., S. 43

Eine besonders eingehende Behandlung hat diese Fallgruppe von Rohde erfahren. Er faßte die Unterlassung als etwas Irreales, als Urteil auf, dessen Tatseite nur negativ bestimmt sei[1]. Dieses Urteil könne keine Zeitdimension aufweisen. Anders sei das bei den Selbstbehinderungshandlungen, die Rohde schon begrifflich durch den Terminus "Zuwiderhandlung" von den übrigen Unterlassungen absetzte[2]. Die Zuwiderhandlung habe einen Ort in der Zeitdimension. Hier sei deshalb ein Versuch des Unterlassungsdelikts möglich[3]. Dieses sei auch die einzig denkbare Versuchsart beim Unterlassungsdelikt, da der Verpflichtete ansonsten völlig frei sei, wann er innerhalb des ihm zur Verfügung stehenden Zeitraums handeln wolle[4].

c. Die übrigen Fälle

Nur in diesen beiden besonders gestalteten Fallgruppen wurde in weitem Umfang die Möglichkeit anerkannt, daß schon vor der letzten Eingriffschance ein Versuch möglich sei. Die Frage, ob dies nicht allgemein auch in den normalen Fällen möglich sei, war lange umstritten. Von den meisten Autoren wurde dies abgelehnt. Zur Begründung wurde gesagt, vor dem kritischen Zeitpunkt habe der Verpflichtete völlige Freiheit, wann er eingreifen wolle[5]. Erst in diesem Augenblick sei der Vorsatz des Täters hinreichend manifestiert; die Nichterfüllung, die das Gesetz pönalisiere, stehe erst jetzt fest.

Im Gegensatz dazu hat Zachariä die Frage bejaht[6]. Er meinte, dort, "wo der Erfolg verhindert werden konnte und er, wie der Verpflichtete wohl wußte, bei fortgesetzter Untätigkeit nach einem bekannten Naturgesetz unvermeidlich war, (liege) in der absichtlichen Unterlassung ganz unverkennbar eine Richtung

---

1) ROHDE, Diss., S. 81

2) ROHDE, Diss., S. 63

3) ROHDE, Diss., S. 86 f.

4) ROHDE, Diss., S. 84. Vgl. auch KAUFMANN, Dogmatik, S. 210 ff., der Rohdes Gedankengang weitgehend übernommen hat

5) v. BAR, Gesetz und Schuld II, S. 542, SCHWARZE, Handbuch, S. 286; ROHDE, Diss., S. 84; BAUERMEISTER, Diss., S. 49 f.

6) ZACHARIÄ, Lehre, Bd. I, S. 67

des Willens auf die Bewirkung dieses Erfolges." Eine nähere Begründung für diese Auffassung hat Zachariä nicht gegeben. Er fand damit zunächst kaum Anhänger. Lediglich Julius Glaser und später auch Landsberg vertraten eine ähnliche Meinung. Glaser war in bezug auf das echte Unterlassungsdelikt der Ansicht, es sei vollendet, wenn der Täter vorsätzlich unterlasse, obwohl er eingreifen könne[1]. Aus dem Gesetz könne sich allerdings ergeben, daß dem Täter eine Handlungsfrist eingeräumt sei[2]. Aus diesen Überlegungen kann man folgern, daß Glaser auch bei den unechten Unterlassungsdelikten die Strafbarkeit mit der ersten Untätigkeit einsetzen lassen wollte.
Dem ist Landsberg in seiner Abhandlung über das Unterlassungsdelikt gefolgt. Er schrieb, es sei nur konsequent, einen Versuch anzunehmen, wenn die Unterlassung anfangs erfolge in der Absicht und Voraussicht, die ganze Frist untätig ablaufen zu lassen[3]. Zu Landsbergs Auffassung ist allerdings anzumerken, daß er den erforderlichen Vorsatz nur dann für gegeben hielt, wenn der Täter überhaupt nicht eingreifen will. Behält er sich dagegen vor, eventuell später doch noch einzugreifen, so fehlt es nach Landsbergs Ansicht am Vorsatz[4]. Irrt sich der Täter dabei über die spätere Rettungsmöglichkeit, so soll er nur wegen fahrlässiger Erfolgsherbeiführung strafbar sein. Diese Besonderheit der Lehre Landsbergs braucht jedoch an dieser Stelle nicht vertieft zu werden.
Die von Landsberg und Glaser vertretene Ansicht, daß auch in den Fällen,in denen keine sukzessive Unterlassung und keine Selbstbehinderung vorliegt, ein Versuch vor dem letztmöglichen Zeitpunkt gegeben ist, fand zu jener Zeit keine weiteren Anhänger. Man war noch dem Gedanken verhaftet, daß nur ein Unterlassen im kritischen Zeitpunkt den Deliktsentschluß in ausreichender Weise offenbare.

---

1) JULIUS GLASER, Rechtslexikon III, S. 933 und GS 34,146

2) GLASER, GS 34,147

3) LANDSBERG, Commissivdelikt, S. 170

4) LANDSBERG, Commissivdelikt, S. 159 ff. Im Rahmen dieser Erörterung hat LANDSBERG schon einige der Gedanken vorweggenommen, die sich bei HERZBERG, MDR 1973, 89 ff., finden

Diese einseitige Orientierung zeigt sich auch an einem Beispiel von Allfeld. Er bejahte einen Versuch, wenn ein Schwimmlehrer, der bemerkt, daß ein Badegast zu ertrinken droht, sich abwendet, um ihn ertrinken zu lassen. In dem Abwenden, so meinte Allfeld, liege eine genügende Offenbarung des verbrecherischen Willens[1]. Aufschlußreich ist die Kritik, die hieran von Bauermeister geübt wurde[2]. Er wendete ein, das Verhalten des Schwimmlehrers offenbare eben nicht eindeutig einen Tötungsvorsatz. Er könne ebensogut lediglich den Willen zur Körperverletzung gehabt haben. Bei diesem Einwand wird verkannt, daß die Frage der Erweislichkeit einer bestimmten Vorsatzrichtung nichts mit ihrem Vorliegen zu tun hat[3]. Die Kontroverse zeigt aber sehr deutlich, wie sehr man noch auf den Gedanken der Manifestation fixiert war. Die Frage nach dem Gebotsinhalt wurde nicht reflektiert. Man ging vielmehr unbesehen davon aus, daß es nur geboten sei, den Erfolg überhaupt abzuwenden. Der Gedanke, dieses dem Vollendungstatbestand zugrundeliegende Gebot könne durch § 43 a.F. erweitert werden, wurde nicht diskutiert. In der Folge wurde die Frage dann kaum noch näher behandelt. In den Lehrbüchern und Kommentaren wurde meistens nur gesagt, auch bei den unechten Unterlassungsdelikten gebe es einen Versuch. Zur Erläuterung wurde häufig auf die Ausführungen von Frank verwiesen.
Eine vertiefte Behandlung, die auch den Gedanken einer Erweiterung des Gebotsinhalts durch § 43 a.F. einbezog, erfuhr das Thema erst wieder in den Beiträgen von Grünwald, Maihofer, Kubach, Roxin und Herzberg[4]. Ihre Vorschläge werden später eingehend erörtert[5].

---

1) ALLFELD, Lehrbuch, S. 188

2) BAUERMEISTER, Diss. S. 50 f.

3) KUBACH, Diss., S. 23; BAALß, Diss., S. 70

4) GRÜNWALD, JZ 1959, 46 ff.; MAIHOFER, GA 1958, 289 ff.; ARMIN KAUFMANN, Dogmatik, S. 204 ff.; ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 213 ff.; HERZBERG, MDR 1973, 89 ff.

5) Siehe unten S. 70 ff.

III. Die Strafbarkeit des Versuchs

Die Strafbarkeit des Versuchs bei unechten Unterlassungsdelikten ist erstmals von Herzberg bestritten worden. Bis dahin herrschte Uneinigkeit nur darüber, was als Versuch anzusehen sei. Daß ein entsprechendes Verhalten aber unter die Bestimmung des § 43 a.F. in Verbindung mit dem jeweiligen Deliktstatbestand des Besonderen Teils zu subsumieren sei, war allgemeine Ansicht[1]. Herzberg ist dem entgegengetreten. Er meint, der Wortlaut des § 43 a.F., wonach wegen Versuchs bestraft wurde, "wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch H a n d l u n g e n , welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat", verbiete wegen des Grundsatzes nullum crimen sine lege die Bestrafung des Unterlassungsversuchs[2]. Herzberg argumentiert, der Unterlassungsentschluß werde nicht durch H a n d l u n g e n betätigt. Die Grenze zulässiger Auslegung werde überschritten, wenn man das Verhalten des Unterlassenden unter § 43 a.F. subsumiere.

Es ist nicht erforderlich, diesem Einwand im einzelnen nachzugehen, weil der Wortlaut des nunmehr geltenden § 22 zu solchen Bedenken keinen Anlaß gibt[3]. Das erkennt Herzberg ausdrücklich an.

---

1) Vgl. nur MAURACH, AT, § 41 II 2, S. 502 f.; MAYER, Studienbuch, S. 145; SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, Rdnr. 10 vor § 43; MEZGER-BLEI, AT, S. 247, § 74 III 1

2) HERZBERG, MDR 1973, 89 f.

3) HERZBERGS auf die Wörter "Handlung" und "Betätigen" gestützte Argumentation überzeugt nicht. Der Ausdruck "Handlung" ist im AT a.F. in einer das Unterlassen einbeziehenden Bedeutung verwendet worden. (z.B. § 1 a.F.). Vgl. dazu NICKEL, Problematik, S. 25 ff.. Es lag sicherlich nicht in der Absicht des Gesetzgebers, den Versuch als reines Begehungsdelikt auszugestalten. Angesichts der auch von HERZBERG anerkannten Einsicht, daß Unterlassungen "Handlungen" i.S.d. § 1 a.F. sind, erscheint es inkonsequent, den gleichen Begriff im Rahmen des § 43 a.F. als unüberwindbare Auslegungsschranke anzusehen. Weitere Bedenken deutet HERZBERG selbst an. Kritisch auch BAUMANN, AT, § 33 I 3 S. 503 FN 4

2. Kapitel

Darstellung und Kritik der Lehre Armin Kaufmanns

A. Die Bedeutung der Lehre Kaufmanns

In der im vorigen Kapitel geschilderten Situation[1] erschien Armin Kaufmanns Schrift "Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte". Darin greift er die h.M. an und behauptet , der Versuch eines Unterlassungsdelikts sei undenkbar[2]. Aufgrund einer eingehenden Analyse der Unterlassung kommt er zu dem Schluß, dem sogenannten Unterlassungsversuch fehlten schlechterdings sämtliche Versuchseigenschaften: "Es fehlt die Kausalwirkung in der Außenwelt; es existieren keine Stadien des Unterlassungsversuchs, weder Anfang noch Ende der Ausführung noch diese selbst, und es fehlt auch ein Unterlassungswille, dessen teilweise Verwirklichung der Unterlassungsversuch sein könnte[3]."
Damit wendet sich Kaufmann gegen die Ergebnisse einer mehr als hundertjährigen dogmatischen Diskussion. Allein dies fordert eine eingehende Auseinandersetzung mit seinen Thesen heraus. Hinzu kommt, daß er den Anspruch erhebt, seine Ergebnisse folgten unmittelbar aus der ontologisch vorgegebenen Struktur der Unterlassung, über die sich weder der Gesetzgeber noch der Gesetzesanwender hinwegsetzen könnten[4]. Eine Auseinandersetzung mit Kaufmann kann sich daher nicht darauf beschränken, seine Ergebnisse anhand von Wertungen zu kritisieren und eventuell zu verwerfen. Will man sich den Standpunkt der h.L. zu eigen machen, muß vielmehr den Prämissen seiner These be-

---

1) Vgl. oben S. 1 ff.
2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 237
3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 221
4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 15 ff.

züglich des Versuchs nachgegangen und der Nachweis geführt werden, daß sie falsch sind, daß für sie zu Unrecht der Anspruch der Vorgegebenheit erhoben wird oder daß Kaufmann aus ihnen falsche Schlüsse zieht. Das soll im folgenden unternommen werden. Zunächst muß jedoch Kaufmanns Verständnis der Unterlassung dargestellt werden, da seine Thesen zum Versuch nur Folgerungen daraus sind.

B. Darstellung der Lehre Kaufmanns

I. Definition der Unterlassung

Kaufmann gewinnt seine Definition der Unterlassung aus normlogischen und ontologischen Betrachtungen.
Anknüpfungspunkt einer jeden Norm, die das Verhalten des Menschen regeln will, könne, so meint Kaufmann, nur die Fähigkeit des Menschen sein, finale Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen[1]. Nur finale Handlungen könnten Gegenstand einer Verbots- oder Gebotsnorm sein. Die Fähigkeit, finale Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen, die sogenannte Handlungsfähigkeit, sei das lang gesuchte gemeinsame Element von Handlung und Unterlassung[2]. Überdies sei sie das einzige positive Element der Unterlassung. Im einzelnen definiert Kaufmann die Handlungsfähigkeit als die physische (äußere, objektive) Möglichkeit zur Vornahme einer bestimmten Handlung zuzüglich der erforderlichen Wissensbasis, d.h. der Kenntnis der tatbestandsmäßigen Situation[3]. Das gegenüber der h.M.[4] weitergehende Erfordernis der Wissensbasis als Element der Handlungsfähigkeit folgt für Kaufmann aus der Auffassung, daß Gegenstand von Normen finale Handlungen seien. Nur wer Kenntnis von der tatbestandsmäßigen Situation habe, sei in der Lage, zweckgerichtete

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 20
2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 83
3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 35 ff.
4) Vgl. etwa SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, Rdnr. 90 vor § 1

(d.h. finale) Handlungen vorzunehmen[1].

Bei der Unterlassung werde die mit der Handlungsfähigkeit gegebene potentielle Finalität nicht ausgeübt[2]. Das Fehlen realer Finalität folge aus dem Fehlen realer menschlicher Kausalität. Denn es sei eine ontologische Gegebenheit, daß effektive Finalität nur dort vorliegen könne, wo reale Kausalität gegeben sei. Daß es gar nicht anders sein kann, geht für Kaufmann schon daraus hervor, daß die Unterlassung eine Handlung wäre, wenn sich bei ihr ein realer Kausalnexus und damit eine effektive Finalsteuerung aufweisen ließe[3]. Er bemüht sich dennoch um einen positiven Nachweis der fehlenden Kausalität bei der Unterlassung. Dabei legt er die condicio-sine-qua-non-Formel zugrunde und geht davon aus, daß auch eine Nichtveränderung für eine Veränderung kausal sein könne[4]. Er bejaht somit das Vorhandensein eines Kausalnexus zwischen Unterlassung und dem nicht abgewendeten Erfolg. Damit, so könnte man meinen, habe Kaufmann entgegen seiner These den Beweis für die Kausalität der Unterlassung erbracht, so daß er konsequent der Unterlassung auch eine effektive Finalsteuerung zuerkennen müßte. Kaufmann meint jedoch, mit der Feststellung eines Kausalnexus zwischen der Unterlassung und dem Erfolg sei die richtige Frage noch gar nicht ins Blickfeld gekommen. Es müsse nämlich weiter gefragt werden, ob der Unterlassende für das Unterlassene kausal sei[5]. Dies müsse aber verneint werden. Bei Anwendung der condicio-sine-qua-non-Formel könnten der Unterlassende wie sein Unterlassungswille - den es nach Kaufmanns

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 36 f.

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 49

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 57

4) A.A. RADBRUCH, Handlungsbegriff, S. 132, wie KAUFMANN auch ENGISCH, Kausalität, S. 29 ff.. Vgl. im einzelnen E.A. WOLFF, Kausalität, S. 33

5) KAUFMANN, Dogmatik, S. 61 ff.. Dieser Gedanke ist schon bei Julius GLASER, Abhandlungen I, S. 293 ff., zu finden

Ansicht gar nicht gibt - hinweggedacht werden, ohne daß der Erfolg entfiele[1]. Auf eine kurze Formel gebracht besagt dies: Wohl ist die Unterlassung für den Erfolg kausal, nicht aber der Unterlassende für das Unterlassene; die Unterlassung weist demnach keine m e n s c h l i c h e Kausalität auf[2]. Kaufmann kommt zu dem Ergebnis, daß bei der Unterlassung ein Kausalnexus nur insoweit relevant sei, als der Unterlassende hätte handeln können. Durch diese Untersuchung der Kausalitätsfrage sieht er seine aus der Normlogik gewonnene Auffassung bestätigt, daß die Unterlassung nur potentielle Kausalität - hinsichtlich der vorzunehmenden Handlung - aufweise. Diese Feststellung führt ihn wegen der von ihm postulierten Gleichsetzung von Vorsatz und Finalsteuerung dazu, einen Unterlassungsvorsatz in Abrede zu stellen. Dem Vorsatz bei einer Handlung entspreche hier das Fehlen eines Handlungsentschlusses[3]. Es gebe keinen Willen zu unterlassen, denn "ein Verwirklichungswille, der will, daß er nicht verwirklicht, und sich darin verwirklicht, daß er nicht verwirklicht, widerspricht sich selbst[4]." Der Unterlassungsvorsatz bestehe auch nicht etwa in der Beobachtung und Vorausberechnung des Kausalprozesses in dem Bewußtsein, hindernd oder ablenkend eingreifen zu können[5], wie die h.M. annehme. Denn, so meint Kaufmann, das Innewerden der eigenen Handlungsfähigkeit sei Voraussetzung des Unterlassens, aber nicht selbst Gegenstand einer finalen Steuerung.
Kaufmann leugnet jedoch nicht, daß es das Phänomen gibt, das allgemein als vorsätzliche Unterlassung bezeichnet wird. Diese Bezeichnung hält er aber aus zwei Gründen für unpassend.

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 61

2) ENGISCH, JZ 1962, 190 und BAUMANN, AT, § 16 II 2 S. 195 f. und JZ 1962, 45 bezweifeln, ob die Beziehung zwischen Handelndem und Handlung als Kausalnexus adäquat erfaßt wird. Vgl. schon LANDSBERG, Commissivdelikte, S. 64

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 67

4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 73

5) KAUFMANN, Dogmatik, S. 74

Zum einen liege hier kein Vorsatz vor, weil es an einer effektiven Finalsteuerung fehle. Zum anderen umfaßten die sogenannten vorsätzlichen Unterlassungen, die man genauer als bewußte Unterlassungen bezeichnen müsse, nicht den ganzen Bereich dessen, was der F u n k t i o n des Vorsatzes als schwererer Unrechtsstufe entspreche[1]. Denn der schwereren Unrechtsstufe, dem quasi-vorsätzlichen Unterlassungsdelikt, seien nicht nur die Fälle der bewußten Unterlassung, sondern auch diejenigen zuzurechnen, bei denen der Täter trotz vorhandener Kenntnis der tatbestandsmäßigen Situation sich seiner Möglichkeit zum Eingreifen nicht bewußt werde, obwohl sie erkennbar sei[2]. Diese Fälle nicht der schwereren Unrechtsstufe, die f u n k t i o n e l l dem Vorsatz bei den Begehungsdelikten entspricht, zuzuweisen, hält Kaufmann für eine Prämierung der Gleichgültigen und Gefühllosen[3]. Ein Nichtschwimmer, der z.B. sieht, daß jemand zu ertrinken droht, also Kenntnis der tatbestandsmäßigen Situation hat, und nicht erkennt, daß er mit einem Boot den Ertrinkenden retten könnte, obwohl dies erkennbar ist, unterläßt nach Kaufmanns Ansicht quasi-vorsätzlich. Insgesamt ergibt sich für Kaufmann folgendes Bild der Unterlassung: Sie zeichnet sich aus durch fehlende menschliche Kausalität und fehlenden Vorsatz bei vorhandener Planungsfähigkeit. Kausalität und Vorsatz sind nur relevant in bezug auf die erwartete, aber nicht vorgenommene Handlung.

II. Das Umkehrprinzip

Diese Gegebenheiten der Unterlassung, nämlich das Fehlen menschlicher Kausalität und des Vorsatzes, die nur in der potentiellen Handlung vorhanden sein sollen, führen Kaufmann

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 116 ff., 127

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 112 ff.

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 112; so auch WELZEL, Lehrbuch, S. 204 f.

zur Statuierung eines dogmatischen Prinzips, das er Umkehrprinzip nennt. Dieses Umkehrprinzip formuliert er in zweifacher Weise[1].

1. Von der dogmatischen Funktion her:

"Die gleiche rechtliche Wirkung wie beim Begehungsdelikt tritt beim Unterlassungsdelikt ein, wenn mit Bezug auf die unterlassene Handlung die umgekehrte Struktur vorliegt wie bei der begangenen Handlung."

2. Von der Gleichartigkeit der Phänomene her:

"Tritt bei der unterlassenen Handlung die gleiche Erscheinungsform auf wie bei der begangenen Handlung, so zeitigt sie beim Unterlassungsdelikt die umgekehrte Wirkung."
Dieses Prinzip, das aus der Seinsstruktur von Handlung und Unterlassung folgen soll, ermöglicht nach Kaufmanns Ansicht eine klare Lösung aller dogmatischen Fragen des Unterlassungsdelikts. So sollen sich aus dem Umkehrprinzip unter anderem folgende Thesen ergeben[2]:
"Nicht auf die Begehung einer Unterlassung kommt es an, sondern auf das Unterlassen, die gebotene Handlung zu begehen trotz der Fähigkeit hierzu."
"Nicht ein Entschluß (Vorsatz), die Unterlassung zu begehen, ist von Bedeutung, sondern das Fehlen des Entschlusses, die gebotene Handlung vorzunehmen trotz vorhandener Entschlußfähigkeit."
"Nicht ein Unterlassungsversuch ist relevant, sondern das Unterlassen des Versuchs, die gebotene Handlung vorzunehmen, trotz der Fähigkeit zu diesem Unternehmen."

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 88 f.
2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 88 f.

Diese Folgerungen werden aus der ersten Formulierung des Umkehrprinzips gezogen. Aus der zweiten soll unter anderem folgen:
"Der fehlschlagende Versuch, die verbotene Handlung vorzunehmen, führt (ggf.) zur Strafbarkeit; der fehlschlagende Versuch, die gebotene Handlung durchzuführen, befreit von Strafbarkeit." Diesen Satz schränkt Kaufmann allerdings an anderer Stelle dahin ein, daß diese Erscheinung bei der Unterlassung zur Frage der Fahrlässigkeit führe[1].

III. Der Versuch beim Unterlassungsdelikt

Damit sind Folgerungen aus dem Umkehrprinzip gezogen, die unmittelbar für die Behandlung des Versuchs beim Unterlassungsdelikt relevant sind. Dieser Frage widmet Kaufmann einen besonderen Abschnitt seines Buches[2]. Dabei kommt er zu dem schon referierten Ergebnis, daß beim Unterlassen schlechterdings sämtliche Versuchseigenschaften fehlen.

1. Fehlender Vorsatz

Der Versuch erfordert den Vorsatz, ein Delikt zu verüben, und ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des betreffenden Delikts. Da es nach Kaufmanns Ansicht keinen Unterlassungsvorsatz gibt, scheitert die Annahme eines Versuchs schon an diesem Erfordernis. Nun wäre es aber immerhin denkbar, das Bewußtsein, rettend eingreifen zu können, als ausreichendes Vorsatzäquivalent anzusehen, denn "es besteht kein Zwang, den Begehungsvorsatz unbesehen auf das Gebiet der Unterlassung zu übertragen[3]." Dagegen wendet Kaufmann ein, mit der Beschränkung auf die bewußte Unterlassung würden die Gleich-

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 170. Dabei zeigt sich schon eine Unstimmigkeit des Umkehrprinzips. Denn es ist nicht klar, inwiefern die Fahrlässigkeitsbestrafung die umgekehrte Wirkung einer Versuchsstrafbarkeit ist.

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 204 ff.

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 121 in anderem Zusammenhang

gültigen und Gefühllosen prämiert[1]. Dies sei beim Versuch ebensowenig hinzunehmen wie beim vollendeten Delikt. Er diskutiert das Problem dennoch unter der Annahme, daß zumindest bei "positiver innerer Ablehnung" der gebotenen Handlung ein Äquivalent zum Begehungsvorsatz anzunehmen sei[2]. Er kommt zu dem Ergebnis, daß auch unter dieser Voraussetzung von einem Versuch beim Unterlassungsdelikt nicht die Rede sein könne, weil keine zeitlichen Stadien aufzuweisen seien.

2. Keine Stadien der Unterlassung

Dabei geht er davon aus, daß sich das Versuchsstadium an der Unterlassung selbst und nicht etwa an einer parallel laufenden Handlung aufweisen lassen muß[3]. Die Unterlassung selbst weist aber nach Kaufmanns Ansicht keine Stadien auf, sie entwickelt sich nicht in der Zeitdimension. Das beruht darauf, daß er das Nichttun bis zum Verstreichen der letzten Eingriffschance nicht als e i n Unterlassen, sondern als eine Reihe vieler Unterlassungen begreift, von denen rechtlich nur die letzte relevant sein soll[4]. Denn, so führt er aus, das Gebot verlange nur, daß der Erfolg überhaupt abgewendet werde bzw. daß ein erwünschter Erfolg herbeigeführt werde[5].
"Die beendete Unterlassung a_1 kann nicht das Versuchstadium der Unterlassung a_2 sein[6]." Unter der Voraussetzung, daß das Recht tatsächlich nur die Erfolgsabwendung im letzten Moment verlangt, ist es folgerichtig, der Unterlassung, soweit sie strafrechtlich interessiert, eine Zeitdimension abzuspre-

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 210 f.

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 211 ff.

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 211

4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 215; ähnlich schon ROHDE, Diss., S. 81 f.

5) KAUFMANN, Dogmatik, S. 215; vgl. dazu schon ROHDE, Diss., S. 84, der meinte, bis zuletzt bestünde für den Verpflichteten völlige Freiheit.

6) KAUFMANN, Dogmatik, S. 215

chen[1]. Die Folge dieser Auffassung ist es, daß beim Unterlassungsdelikt Vorbereitung, Versuch und Vollendung zusammenfallen[2].

3. Der untaugliche Versuch

Von diesem Ausgangspunkt her ist nur ein Fall denkbar, bei dem Fehlen des Erfolgsabwendungsversuchs nicht zur Vollendung führt, nämlich dort, wo die Vollendung nicht eintreten kann, weil der Untätige irrig eine tatbestandsmäßige Situation angenommen oder irrig geglaubt hat, er könne durch eine bestimmte Handlung (die er unterließ) den Erfolg abwenden. Es handelt sich also um den untauglichen, auf einem Irrtum beruhenden Versuch. Zur Erklärung dieses Phänomens führt Kaufmann den Begriff der Versuchsfähigkeit ein, der beim Unterlassen des Gebotserfüllungsversuchs die gleiche Zentralposition einnehmen soll, wie die Handlungsfähigkeit beim vollendeten Unterlassungsdelikt. Sie ist gegeben, wenn der Untätige irrig eine tatbestandsmäßige Situation angenommen hat oder wenn er zu dem objektiv irrigen Schluß gelangt ist oder g e l a n g e n k o n n t e, seine Handlung sei durchführbar[3]. Diese Definition geht insoweit über die allgemein anerkannten Fälle des auf Irrtum beruhenden Versuchs hinaus, als Kaufmann es genügen läßt, daß der Untätige zu der irrigen Ansicht gelangen konnte, seine Handlung sei durchführbar. Dies ist für ihn eine Konsequenz aus der schon erläuterten Abschichtung der schwereren Unrechtsstufe beim Unterlassungsdelikt, der Quasivorsätzlichkeit, die auch beim Versuch gelten soll[4]. Die Bedeutung dieser Erweiterung wird an folgender Abwandlung des schon oben gegebenen Beispiels deutlich:

---

1) Selbst wenn man Kaufmanns These akzeptiert, bleibt doch das Unterlassungsdelikt nach Verstreichen der letzten Eingriffsmöglichkeit, aber vor dem Erfolgseintritt übrig. Diese Figur ist freilich nur von beschränktem Interesse, weil der Fall im allgemeinen erst nach Erfolgseintritt einer strafrechtlichen Bewertung unterworfen wird

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 218 f.. Dies ist freilich selbst von KAUFMANNS Ausgangspunkt nur mit der in der vorigen Anmerkung gemachten Einschränkung richtig

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 222

4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 223

> Der A konnte - ex post betrachtet - den ertrinkenden B nicht retten. Wäre er jedoch überhaupt gewillt gewesen, dem B zu helfen, so hätte er beim Prüfen der Rettungsmöglichkeiten zu dem Schluß gelangen müssen, der am Ufer vertäute Kahn biete eine Rettungschance; denn A hätte zunächst nicht erkennen können, daß dieser Kahn leck war

Hier will Kaufmann ein versuchtes quasivorsätzliches Unterlassungsdelikt annehmen[1]. War A also Garant für das Leben des B, so wäre er wegen versuchten Totschlags zu bestrafen.

4. Zusammenfassung

Kaufmanns Ansicht zum Versuch des Unterlassungsdelikts läßt sich folgendermaßen zusammenfassen: Die Anerkennung des Versuchs als Teilverwirklichung des Delikts in der Zeitdimension ist ihm wegen seines Verständnisses des Gebotsinhalts verschlossen. Dagegen erkennt er die Fälle des irrtümlichen Versuchs an[2]. Hier geht er sogar noch weiter als die h.M..
Wenn Kaufmanns Ansicht richtig wäre, würde sich nahezu die gesamte Problematik des Versuchs beim Unterlassungsdelikt erledigen. Es bliebe nur noch zu prüfen, ob nicht, wie Schmidhäuser und Rudolphi meinen, die Irrtumsfälle ganz oder teilweise aus dem Bereich des Strafbaren herausfallen. Eine Auseinandersetzung mit Kaufmanns Ansicht muß sich vornehmlich folgenden Thesen widmen:

1. Es gibt keinen Unterlassungsvorsatz.
2. Der Bereich der Quasi-Vorsätzlichkeit umfaßt einen Teil der unbewußten Unterlassungen.

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 223. Anders soll zu entscheiden sein, wenn A gewillt war, B zu retten, aber wegen eines Sorgfaltsmangels den Kahn übersah. Indem A ü b e r l e g t e, wie er den B retten könne, habe er schon mit Erfolgsabwendungstendenz g e h a n d e l t

2) Gerade die Strafbarkeit der Irrtumsfälle ist keineswegs unbestritten. Vgl. SCHMIDHÄUSER, AT, 17/39, S. 572 f. und RUDOLPHI, MDR 1967, 1 ff.

3. Die Unterlassung kann nicht dauern, sie ist vielmehr zeitpünktlich zu verstehen, d.h. das Gebot ist nur auf ein Handeln im letzten Moment gerichtet.

C. Kritik der Lehre Kaufmanns

I. Die These von der Unmöglichkeit des Unterlassungsvorsatzes

Die erstgenannte These hat wohl von allen Einzelergebnissen der Kaufmannschen Schrift die meiste Aufmerksamkeit erfahren und dabei sehr entschiedenen Widerspruch hervorgerufen[1]. Kaufmann stützt seine These, wie erinnerlich, auf folgende Deduktion: Vorsatz ist Bewirkungswille, d.h. ein Wille, der menschliche Kausalität steuert. Da der Unterlassung menschliche Kausalität gerade nicht eignet, muß notwendig auch der Vorsatz fehlen. Dieser Deduktion ist nunmehr im einzelnen nachzugehen.

1. Fehlen menschlicher Kausalität bei der Unterlassung

Es soll hier nicht der Streit um die Kausalität der Unterlassung in seiner ganzen Breite aufgerollt werden. Es wird zunehmend anerkannt, daß dieser Streit für die Lösung der Sachprobleme unergiebig ist[2]. Eine solche umfassende Erörterung ist hier auch deshalb nicht erforderlich, weil Kaufmann selbst davon ausgeht, daß das Unterlassene für den Erfolg kausal sei. Er bestreitet lediglich die Kausalität des Untätigen für das Unterlassene. Was Kaufmann zur Begründung seiner These anführt, scheint auf den ersten Blick unanfechtbar. Der Untätige, ebenso wie sein Wille, untätig zu bleiben,

---

1) Vorsichtig ablehnend GRÜNWALD, Festschrift-Mayer, S. 281 ff. Ablehnend HARDWIG, ZStW 74 (1962), 27 ff.; ENGISCH, JZ 1962, 189 ff.; ANDROULAKIS, Studien, S. 30 ff., 56,217; ROXIN, ZStW 74 (1962), 515 ff. = Grundlagenprobleme, S. 72 ff.; ROXIN, Täterschaft, S. 510 ff.; JESCHECK, AT, § 59 IV, S. 476 ff.; BAUMANN, AT, § 26 I, S. 394 ff.; MAURACH, AT, § 46, S. 595, 610 ff.; HERZBERG, Garantenprinzip, S. 180, 221 ff.; WELP, Grundlage, S. 192 f.; WOLFF, Kausalität, S. 47 ff.; SCHÜNEMANN, Grund, S. 376 f. Zustimmend WELZEL, Lehrbuch, S. 201 und SCHÖNE, Erfolgsabwendungen, S. 179 ff.

2) Vgl. nur JESCHECK, AT, § 59 III, S. 468 f. m.w.N.

können hinweggedacht werden, ohne daß der Erfolg entfiele[1]. Dennoch ist diese These angreifbar.

a. Fehlerhafte Anwendung der Kausalitätsformel

Die Vorstellung, die Unterlassung von dem Unterlassenden zu isolieren, mutet merkwürdig an. Ist eine subjektlose "Unterlassung" noch eine Unterlassung? Daß diese Frage zu verneinen ist, erkennt Kaufmann implizit selbst, indem er die Handlungsfähigkeit als Voraussetzung der Unterlassung nennt[2]. An anderer Stelle sagt er ausdrücklich, daß ein Unterlassen ohne einen Unterlassenden undenkbar ist[3]. Er präzisiert dabei seine These dahin, daß beim Hinwegdenken des Untätigen das Fehlen des Energieeinsatzes nicht entfiele[4]. Aber auch in dieser Formulierung tritt der Fehler der Argumentation zutage, der darin liegt, daß eine Sinneinheit getrennt wird[5] und nicht, wie Kaufmann anzunehmen scheint, lediglich in einer terminologischen Ungenauigkeit. Das Unterlassen - oder das Fehlen des Energieeinsatzes - ist das Verhalten des Untätigen. Er ist vor die Verhaltensalternative gestellt, zu handeln oder zu unterlassen; ohne ihn ist es gar nicht sinnvoll, irgendwelche Überlegungen mit dem Fehlen des Energieeinsatzes zu verbinden. Rödig weist darauf hin, daß Kaufmann bei der Anwendung der condicio-sine-qua-non-Formel das vom Untätigen gewählte Verhalten mit einer dem Täter gar nicht offenstehenden (weil er eliminiert ist)

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 61. Auch RADBRUCH, Handlungsbegriff, S. 132 hat schon behauptet, zwischen Untätigem und der Unterlassung bestehe kein Kausalzusammenhang. Er ging jedoch anders als Kaufmann davon aus, daß eine Nichtveränderung nicht Ursache einer Veränderung sein könne. Ebensowenig sei die Nichtveränderung aber ihrerseits Wirkung

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 83. Den gleichen Einwand erheben ENGISCH, JZ 1962, 190 und KUBACH, Diss. S. 59

3) KAUFMANN, Festschrift v. Weber, S. 214

4) KAUFMANN, Festschrift v. Weber S. 214 FN 20

5) ENGISCH, JZ 1962,190; ANDROULAKIS, Studien, S. 79 ff.; HALL, Erinnerungsgabe-Grünhut, S. 224; WELP, Grundlage, S. 51; RÖDIG, Denkform, S. 135 FN 305

Verhaltensalternative vergleicht. Das hält Rödig für unzulässig, weil auch bei der Anwendung der condicio-sine-qua-non-Formel zur Ermittlung der Kausalität das gedachte hypothetische Alternativverhalten ein Verhalten des Täters sein müsse[1].

b. Inadäquanz der Kausalkategorie zur Erfassung der Beziehung zwischen dem Täter und seinem Verhalten

Es mag Kaufmann zugegeben werden, daß die Beziehung zwischen dem Untätigen und seiner Unterlassung nicht als Kausalbeziehung anzusehen ist. Das wäre aber allenfalls dann von Bedeutung, wenn darin ein Unterschied zu der Beziehung zwischen dem Handelnden und seiner Handlung läge. Auf einen entsprechenden Vorhalt Engischs[2] hat Kaufmann repliziert, hier sei in der Tat eine Kausalbeziehung nicht zu leugnen[3]. Daß dies nicht so ist, hat Welp dargetan. Er wendet ein, daß man mit der Kategorie der Kausalität, die eine mechanische Relation impliziert, das Verhältnis des Täters zu seiner Tat nicht adäquat erfasse. Das Zustandekommen der Stellungnahme des Täters zu einer Verhaltensalternative gehöre einer ganz anderen Schicht an als die Veränderung der Außenwelt, die anhand der Kausalkategorie erklärbar sei[4]. In der Tat ist es offensichtlich, daß der Zusammenhang zwischen einem Stoß und der daraus resultierenden Verletzung anderer Art ist als der zwischen der Vorstellung des Täters und dem Zustoßen. Beides als gleichartig anzusehen, erscheint als ein Rückfall in Gedankengänge der Interferenztheorie, die die Unterdrückung des Handlungsimpulses sogar selbst als Handlung ansah. Welp meint überdies zu Recht, daß es nichts verschlage, wenn man dennoch den Nexus zwischen dem Handelnden und seiner Handlung als Kausalnexus begreift. Denn die gleiche Beziehung läßt sich auch bei der Unterlassung aufweisen; auch

---

1) RÖDIG, Denkform, S. 135 FN 305

2) ENGISCH, JZ 1962,190

3) KAUFMANN, Festschrift-v. Weber, S. 220 FN 33

4) WELP, Grundlage, S. 48 ff..Vgl. auch E.A. WOLFF, Kausalität, S. 20 f. und BAUMANN, JZ 1962,45

sie ist "motiviertes Verhalten"[1].
Kaufmann hat dem entgegengehalten, selbst wenn man die Beziehung zwischen dem Unterlassenden und seiner Unterlassung nicht anders auffasse als die entsprechende bei der Handlung, so sei dennoch sub specie Finalität eine Parallele zwischen Handlung und Unterlassung nicht herzustellen, weil beim Hinwegdenken des Handelnden Handlung und Erfolg entfielen, beim Hinwegdenken des Unterlassenden dagegen nur die Unterlassung entfalle, nicht aber der Erfolg[2]. Das Hinwegdenken des Täters beweist aber weder für das Handeln noch für das Unterlassen etwas. Auch beim Hinwegdenken des Handelnden entfiele die Erfolgszurechnung.
Welp wendet treffend gegen Kaufmanns Argument ein, im einen Fall entfiele die Handlung, im anderen die Unterlassung. Kaufmanns Operation beweise nur, daß hier gehandelt, dort unterlassen werde. Daß im ersten Fall der Erfolg ausbleibe, im zweiten dagegen nicht, beruhe nur auf der Bewirkensqualität der Handlung[3]. Der beim Hinwegdenken des Unterlassenden verbleibende Erfolg ist für das Strafrecht nicht relevant, weil kein Bezugssubjekt vorhanden ist.
Nach alledem ist Kaufmanns These für das Fehlen menschlicher Kausalität beim Unterlassen zu verwerfen. Beim Unterlassen ist vielmehr der gleiche Zusammenhang zwischen Tat und Täter aufzuweisen wie beim Handeln[4].

2. Vorsatz und Wille

Kaufmanns These, es könne keinen Unterlassungsvorsatz geben, weil zum Vorsatz ein tatmächtiger Wille gehöre, der beim sogenannten Unterlassungsvorsatz nicht vorhanden sei, ist von

---

1) WELP, Grundlage, S. 51

2) KAUFMANN, Festschrift-v. Weber, S. 220 FN 33

3) WELP, Grundlage, S. 51

4) Damit ist nicht zu der Frage Stellung genommen, ob die Unterlassung für den Erfolg im gleichen Sinn kausal ist wie die Handlung. Bei der intrasystematischen Kritik brauchte hierauf nicht eingegangen zu werden, weil KAUFMANN das selbst bejaht. Es herrscht Einigkeit darüber, daß hier eine Zurechnung möglich ist

Grünwald eingehend untersucht worden[1]. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, daß abgesehen von der Absicht im engeren Sinn, die Beziehung zwischen dem Willen und dem als vorsätzlich zugerechneten Erfolg bei allen Vorsatzarten jeweils beim Handeln und Unterlassen die gleiche ist[2].

a. Dolus directus

Handelt ein Täter mit dolus directus bezüglich einer Nebenfolge, so wird ihm diese Nebenfolge auch dann als vorsätzlich herbeigeführt zugerechnet, wenn er die Nebenfolge nicht will. Diese Zurechnung hängt allein davon ab, ob der Täter um den Eintritt der Nebenfolge weiß. Auch hier gilt also für ein etwa vorhandenes Willenselement, was Kaufmann zur Stützung seiner Ansicht bezüglich des Unterlassungsvorsatzes anführt, daß insoweit der Wille hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele[3] und, wie hinzuzufügen ist, ohne daß am Vorliegen des Vorsatzes zu zweifeln ist.

Dagegen sind zwei Einwände möglich. Zum einen der, daß mit dem Wissen um die Nebenfolge notwendig ein weiterer psychischer Befund einhergeht, der bei unvorsätzlichen Handlungen nicht auffindbar ist. Eine solche notwenige psychische Gegebenheit ist aber nicht auffindbar. Vorsatz ist auch dann gegeben, wenn sich aufgrund des Wissens um die Nebenfolge in dem Täter keine Gegenregung erhebt, die er durch einen Willensakt überwinden muß[4].

Weiterhin könnte gesagt werden, daß jede Handlung eine Willensbetätigung ist und darum auch die Nebenfolge in die Willensbeziehung einbezogen ist. Das ist richtig, wenn man die Hand-

---

1) GRÜNWALD, Festschrift-Mayer, S. 281 ff.
2) GRÜNWALD, Festschrift-Mayer, S. 286 ff.
3) KAUFMANN, Festschrift-v. Weber, S. 219 FN 28
4) GRÜNWALD, Festschrift-Mayer, S. 286 f.

lung als willentliche Muskelinnervation auffaßt. Es besagt aber nichts für eine Willensbeziehung zu dem Nebenerfolg. Dieses Willenselement ist auch bei unvorsätzlicher Herbeiführung der Nebenfolge vorhanden und kann darum nicht als Unterscheidungsmerkmal zwischen dolus directus und unvorsätzlicher Handlung herangezogen werden[1].

b. Dolus eventualis

Ähnlich liegt es beim dolus eventualis. Hier ist bekanntlich umstritten, wie der dolus eventualis von der bewußten Fahrlässigkeit abzugrenzen ist[2]. Übereinstimmung herrscht über die Mindestanforderungen, die an das Wissen um den möglichen Eintritt der Nebenfolge zu stellen sind. Zum Teil wird die Unterscheidung allein von Unterschieden auf der Wissensseite abhängig gemacht[3]. Von anderen wird jedoch neben dem Wissen um den möglicherweise eintretenden Nebenerfolg eine gewisse emotionale Einstellung des Täters zu diesem Erfolg als Voraussetzung für die Annahme von dolus eventualis verlangt. Der Täter muß den Erfolg billigend in Kauf nehmen[4], ihn ernst nehmen und sich mit ihm abfinden[5]. Wiederum anders entscheidet Armin Kaufmann,

---

1) GRÜNWALD, Festschrift-Mayer, S. 287

2) Vgl. die immer noch aktuelle Übersicht bei ROXIN, JuS, 1964, 53 ff. = Grundlagenprobleme, S. 209 ff. und E.A. WOLFF, Festschrift-Gallas, S. 197 ff.

3) Vgl. die Lehre ENGISCHS, Untersuchungen, S. 175 ff., der darauf abstellt, ob der Täter den Eintritt des Erfolgs für höchstwahrscheinlich hält. Wo das nicht der Fall ist, will ENGISCH dolus eventualis jedenfalls annehmen, wenn der Erfolg dem Täter gleichgültig ist. H. MAYER, Lehrbuch, S. 251, und Studienbuch, S. 121 f., stellt nur auf das Wahrscheinlichkeitsurteil ab und erklärt ausdrücklich die innere Einstellung für unbeachtlich. Praktisch stimmt damit SCHRÖDERS Ansicht, SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 59 Rdnr. 55 ff., überein, der zwar außer dem Für-möglich-Halten ein In-Kauf-Nehmen fordert, aber meint, wenn etwas für möglich gehalten werde, werde es auch in Kauf genommen. SCHMIDHÄUSER, GA 1957, 305 ff. stellt auf die Kenntnis der konkreten Gefährlichkeit ab

4) MAURACH, AT, § 23 III B, S. 263 f. und die Rspr., BGHSt 7, 363 (369), die allerdings gelegentlich die Formel lediglich anführt und, ohne sie ernst zu nehmen, ein Billigen im Rechtssinn bejaht und sich damit SCHRÖDERS Ansicht nähert

5) STRATENWERTH, AT, Rdnr. 325; ROXIN, JuS, 1964,61; JESCHECK, AT, § 29 III 3, S. 222

nach dessen Meinung dolus eventualis vorliegt, wenn der Täter trotz des Wissens um den möglichen Erfolgseintritt es unterlassen hat, Gegenfaktoren in Gang zu setzen[1]. All diesen Theorien ist jedoch gemeinsam, daß bei völligem Fehlen der neben dem Wissen verlangten subjektiven Einstellung, d.h. bei Gleichgültigkeit gegenüber der Möglichkeit des Erfolgseintritts bzw. nach Kaufmanns Theorie beim Fehlen eines betätigten Vermeidewillens dolus eventualis anzunehmen ist. Unabhängig von der genauen Bestimmung des dolus eventualis gibt es also hier Fälle, bei denen es auf einen Willen bezüglich des eingetretenen Erfolgs nicht ankommt. Daran ändert sich nichts, wenn man die Gleichgültigkeit nicht als reines Negativum, d.h. als Fehlen einer psychischen Auseinandersetzung, sondern als inhaltlich negative Auseinandersetzung mit der Möglichkeit des Erfolgseintritts ansieht. Denn dabei handelt es sich nicht um das Willenselement, um das es Kaufmann geht, weil eine solche inhaltlich negative Auseinandersetzung auch bei der Unterlassung möglich ist[2]. Das danach verbleibende Willenselement kann hinweggedacht werden, ohne daß sich an der vorsätzlichen Erfolgsbewirkung etwas ändern würde[3].

Unterlassungsvorsatz einerseits, dolus directus und dolus eventualis andererseits haben also gemeinsam, daß ein Willenselement bezüglich der (Neben-) Folgen nicht notwendig ist und daß zwischen diesem Willenselement, wo es vorhanden ist, und dem Erfolg kein Kausalnexus besteht. Damit zeigt sich, daß Kaufmanns These, es gebe keinen Unterlassungsvorsatz, nicht zureichend damit begründet ist, daß bei der Unterlassung der Wille hinweggedacht werden könne, ohne daß der Erfolg entfiele.

3. Vorsatz und Finalität

Das leitet zu der Frage über, wie das Verhältnis von Vorsatz und Finalität beschaffen ist. Nach dem finalistischen System

---

1) KAUFMANN, ZStW 70 (1958), 73 ff.
2) GRÜNWALD, Festschrift-Mayer, S. 288 f.
3) GRÜNWALD, Festschrift-Mayer, S. 288

Kaufmanns und Welzels umfaßt der Vorsatz die Finalität, die ihrerseits tatmächtiger Verwirklichungswille ist. An der Beziehung zwischen Vorsatz und Willen sind schon im vorigen Abschnitt Zweifel laut geworden. Nunmehr soll untersucht werden, inwieweit Vorsatz und Finalität sich decken. Nur wenn sich herausstellt, daß Vorsatz und Finalität deckungsgleich sind und daß weiterhin Finalität einen tatmächtigen Verwirklichungswillen im Sinne Kaufmann voraussetzt, ist sein Schluß haltbar, es gebe keine finale und damit keine vorsätzliche Unterlassung.

Ob und wie weit sich Vorsatz und Finalität decken, hängt naturgemäß davon ab, wie man Finalität definiert. Je nach der Definition umfaßt die Finalität auch die bewußte Fahrlässigkeit oder nur den Bereich der Absicht und des dolus directus[1]. Geht man davon aus, daß infolge des Zusammenhangs zwischen dem angestrebten Zweck und den auf dem Wege dahin liegenden Zwischenerfolgen und Mitteln auch jene Zwischenerfolge und Mittel in den finalen Zusammenhang einbezogen sind[2], so ist der Schluß kaum von der Hand zu weisen, daß auch die bewußt fahrlässig herbeigeführten Nebenfolgen final bewirkt sind[3]. Danach geht der Bereich finalen Handelns also weiter als der vorsätzlichen Handelns. Kaufmann hat demgegenüber den Versuch unternommen, die Deckungsgleichheit von Vorsatz und Finalität nachzuweisen. Nach seiner Ansicht sind bewußt fahrlässig diejenigen Nebenfolgen verursacht, die als möglicherweise eintretend erkannt wurden, die der Täter aber zu vermeiden trachtete[4]. Infolge dieser Selbstbegrenzung des Verwirlichungswillens können dann diese Folgen, so meint er, nicht als vom Finalnexus umfaßt angesehen werden. Der Ver-

---

1) Vgl. ENGISCH, Festschrift-Kohlrausch, S. 155; GALLAS, ZStW 67 (1955), 43 die auch die bewußte Fahrlässigkeit als finales Verhalten ansehen. AMBROSIUS, Untersuchungen, S. 79 und HARDWIG, Zurechnung, S. 87, halten nur Absicht und dolus directus für finales Verhalten. Einen Überblick über die möglichen Definitionen der Finalität gibt ROXIN, Täterschaft, S. 181 ff.

2) WELZEL, Lehrbuch, S. 33 ff.. MAURACH, AT, § 22 III B., S. 265

3) GALLAS, ZStW 67 (1955), 43; ENGISCH, Festschrift-Kohlrausch, S. 155 ff.

4) KAUFMANN, ZStW 70 (1958), 73 ff.

meidewille schließe den Verwirklichungswillen aus. Kaufmann erläutert das an folgendem Beispiel:

> Ein Gartenbesitzer will auf seinem Blumenbeet Unkraut jäten. Weil seine Hacke breit und der Abstand der Blumenstauden gering ist, erkennt er die Gefahr, beim Jäten die empfindlichen Stauden zu verletzen.

Wenn sich nunmehr der Gartenbesitzer Mühe gebe, sein Gerät so zu führen, daß eine Verletzung vermieden werde, sei eine mögliche Verletzung nicht vorsätzlich bewirkt. Das mag zwar im Ergebnis richtig sein, die Argumentation ist aber unschlüssig. Stratenwerth hat treffend dagegen eingewandt, die Handlung könne zwar nicht zugleich die Herbeiführung und die Vermeidung des Erfolgs bezwecken, es gehe aber beim dolus eventualis gerade um die Frage, ob auch nicht bezweckte, aber für möglich gehaltene Erfolge als vorsätzlich bewirkt zugerechnet werden könnten[1]. Mit Kaufmanns Überlegung ist also das Problem nicht gelöst. Faßt man Finalität als ablaufgestaltende Überdetermination auf - was Kaufmann für sich in Anspruch nimmt - so decken sich Vorsatz und Finalität nicht.

Es wird aber auch die Ansicht vertreten, vom Finalnexus sei nicht einmal der Bereich des dolus eventualis umfaßt[2]. Hier beherrsche und lenke der Täter nicht, vielmehr überlasse er den Erfolgseintritt dem Zufall. Wie schon bemerkt, ist dies weitgehend eine Definitionsfrage. Es bleibt nur festzuhalten, daß auch nach dieser Ansicht Vorsatz und Finalität nicht deckungsgleich sind. Kaufmanns Versuch, mit dem Begriff des Vermeidewillens eine solche Deckungsgleichheit darzutun, muß als gescheitert angesehen werden.

4. Finalität als ontische Kategorie

Schon die bisherigen Untersuchungen haben Kaufmanns Ansicht über den Vorsatz nicht bestätigt. Eine Kausalbeziehung zwischen Willen und Erfolg ist für den Vorsatz nicht konstitutiv. Finalität ist nicht gleichbedeutend mit Vorsatz. Es soll aber auch noch die Behauptung überprüft werden, die Finalität sei

---

1) STRATENWERTH, ZStW 71 (1959),61; AMBROSIUS, Untersuchungen, S. 66f.

2) AMBROSIUS, Untersuchungen, S. 78 ff.; HARDWIG, Zurechnung, S. 87

eine ontische Kategorie, die auf der Kausalität aufruhe. Wenn der Nachweis gelingt, daß die Finalität keineswegs eine ausschließlich ontische Kategorie ist, sondern durchaus normative Gesichtspunkte enthält, ist der Weg frei für eine den sachlichen Gegebenheiten entsprechende Formulierung des Vorsatzbegriffs bei der Unterlassung. Hierbei kann auf die Untersuchungen von Roxin[1], Grünwald[2] und Hardwig[3] zurückgegriffen werden.

a. Finalität als Anstoßen und Lenken der Kausalfaktoren

Roxin hat sich eingehend mit der Grundaussage des Finalismus, daß der finale Verwirklichungswille im Überformen, im Anstoßen und Lenken der Kausalfaktoren bestehe[4], beschäftigt.
Der erste Einwand, den Roxin gegen jene These erhebt, ist, daß die Finalität schon darum keine ausschließlich ontische Kategorie sei, weil sich die finale Handlung nicht im Setzen von Kausalfaktoren erschöpfe. Was eine finale Handlung sei, hänge vielmehr auch von den Zwecksetzungen der Rechtsordnung ab. Die von ihr herausgegriffenen Handlungen enthielten Sinnelemente, die dem geschichtlichen Wandel unterworfen seien[5]. Darum enthalte der finale Verwirklichungswille auch normative Elemente und könne deshalb nicht als ontische, vorgegebene Kategorie angesehen werden[6]. Dieser Folgerung kann man nur dadurch entgehen, daß man den Sinnelementen ihrerseits ontische Qualität beimißt. Das hat in der Tat Welzel in einer Erwiderung auf die Kritik Roxins behauptet[7]. Auch die Sinnstrukturen seien dem Gesetzgeber vorgegeben. Er wähle nur unter den vorhandenen Sinnstrukturen die ihm relevant erscheinenden aus. Die sinn-

---

1) ROXIN, ZStW 74 (1962), 515 ff. = Grundlagenprobleme, S. 72 ff.
2) GRÜNWALD, Festschrift-Mayer, S. 281 ff.
3) HARDWIG, ZStW 74 (1962), 27 ff.
4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 67
5) ROXIN, ZStW 74 (1962), 524
6) ROXIN, ZStW 74 (1962), 525,548. Früher hat auch WELZEL die Sinnelemente des finalen Willens betont, ZStW 58 (1939), 503,528
7) WELZEL, Vom Bleibenden, S. 7 ff.

beseelende Funktion des finalen Handlungswillens gehe in den subjektiven Teil der Finalität mit ein[1]. Das ist jedoch keine überzeugende Widerlegung des von Roxin erhobenen Einwands. Die Sinngehalte sind ihrem Inhalt nach geschichtlichem Wandel unterworfen, sie sind, wie Welzel früher selbst hervorhob[2], kontingent. Dem Recht vorgegeben ist lediglich die Existenz von Sinngebilden als solche[3]. Weiter ist zu bedenken, daß die Sinnstrukturen ihrerseits durch die Rechtsordnung als einem wichtigen Instrument zur Durchsetzung von Ordnungsvorstellungen beeinflußt werden. Insoweit ist also nicht einmal die These von der Vorgegebenheit der Sinnstrukturen ihrer Existenz nach uneingeschränkt richtig. Bei der Aufnahme der Sinngebilde in den subjektiven Teil des finalen Verwirklichungswillens kann es sich nur um die Aufnahme ihres geschichtlich bedingten, wandelbaren Inhalts handeln. Damit besteht, wie Roxin sagt, nicht mehr der Schatten eines Arguments für die ontische Vorgegebenheit der Finalität, enthält sie doch normative Elemente[4].

b. Effektive, vom Täter angestoßene Kausalsteuerung als Mindestvoraussetzung der Finalität

Es bleibt damit die Frage, ob denn nicht wenigstens neben der Erfassung der Sinnelemente die e f f e k t i v e Finalsteuerung unverzichtbarer Teil der finalen Handlung sei. Aber auch das ist nicht der Fall. Ursprünglich hat selbst Welzel dies nicht behauptet[5], sondern als vom Täter determiniert[6] jedes Geschehen angesehen, das von ihm sinnhaft gesetzt o d e r dessen Abwendung sinnhaft setzbar war. Erst im Laufe der Entwicklung der finalen Handlungslehre ist der Satz aufgestellt worden, die Lenkung und das Anstoßen der Kausalfaktoren sei

---

1) WELZEL, Vom Bleibenden, S. 9

2) WELZEL, Festschrift-Niedermeyer, S. 285

3) ROXIN, ZStW 74 (1962), 561; Arthur KAUFMANN, Festschrift-Mayer, S. 86

4) ROXIN, ZStW 74 (1962), 526

5) WELZEL, ZStW 51 (1931), 720

6) In seiner späteren Terminologie würde es wohl heißen "final" beherrscht

unerläßliche Voraussetzung finalen Verhaltens[1]. Um diese These zu widerlegen, bildet Roxin folgendes Beispiel: "Wenn ich jemanden mit meiner Pistole erschieße, dann begründet der Druck auf den Abzugshahn, also der materielle Vorgang als solcher, doch nur die Kausalität. Der Vorsatz steckt nicht in meinem Finger, sondern in meinem Kopf: Er besteht in der Vorausberechnung und Sinnerfassung eben dieses Geschehens, und darin allein[2]." Diese Beweisführung sucht Kaufmann mit einem anderen Beispiel ad absurdum zu führen: "A mag, während er, ausgerutscht, auf die Schalttafel einer Bergbahn zustürzt, genau 'vorausberechnen', was geschehen wird - Scherben, Kurzschluß, purzelnde Passagiere in der Gondel - und 'den Sinn erfassen' (Sachbeschädigung, Körperverletzung). Die Vorstellung in d i e s e m Kopf dürfte auch für Roxin nicht ausreichen[3]." Aber gerade an diesem Beispiel wird deutlich, daß es für das Vorliegen des Vorsatzes auf einen Bewirkungswillen im Sinne Kaufmanns nicht ankommt. Denkt man sich den Fall so, daß A seinen Sturz aufhalten kann, dies aber nicht tut, so ist an einer vorsätzlichen Deliktsverwirklichung nicht zu zweifeln[4]. Kaufmann würde vielleicht einwenden, es handle sich dann um ein quasi-vorsätzliches Unterlassungsdelikt. Ob das richtig ist, wird zweifelhaft, wenn man sich die Frage vorlegt, ob A wegen Körperverletzung und Sachbeschädigung nur im Fall des Vorliegens einer Garantenstellung soll zur Rechenschaft gezogen werden können. Selbst wenn das so ist, geht aus dem Beispiel deutlich hervor, daß das bei der Unterlassung nicht vorfindbare Willenselement in der die Bewegung auslösenden Muskelinnervation liegt. Dieser Unterschied zur Handlung ist aber trivial. Der Unterschied entscheidet nur, ob das so oder so als Vorsatzdelikt einzustufende Verhalten eine Unterlassung oder Handlung ist.

Wenn die Finalität darauf beruht, daß der Mensch aufgrund sei-

---

1) Vgl. nur WELZEL, Lehrbuch, S. 64 f.

2) ROXIN, ZStW 74 (1962), 530

3) KAUFMANN, Festschrift-von Weber, S. 218

4) HERZBERG, Garantenprinzip, S. 180 f.

nes Kausalwissens die möglichen Folgen seines Kausalwissens in bestimmtem Umfang voraussehen, sich darum verschiedenartige Ziele setzen und sein Tätigwerden auf diese Ziele hin planvoll lenken kann[1], dann trifft diese Definition auch auf Unterlassungen zu; man muß nur jeweils "Tätigwerden" durch "Unterlassen" ersetzen. Ganz im Sinne dieser Erkenntnis sagte Welzel früher: "Weil der Wille nicht lediglich ein kausaler, sondern ein finaler, d.h. zweckbewußt gestaltender ist, umfaßt seine Tatherrschaft auch das, was er geschehen läßt[2]." Wenn man dem zustimmt, erweist sich, daß die Finalität nicht an eine Steuerung des Kausalverlaufs in dem Sinn, daß der Wille die Kausalität anstoßen muß, gebunden ist. Es kann demnach entgegen Kaufmanns Ansicht vorsätzliche, finale Unterlassungen geben.

5. Kaufmanns Wertargument

Die bisherigen Erörterungen legen es nahe, die vorsätzliche Unterlassung mit der bewußten Unterlassung gleichzusetzen. Kaufmann hat diese Möglichkeit erwogen und verworfen, weil dadurch keine sachgerechte Abgrenzung des schweren vom leichteren Unterlassungsunrecht gewährleistet werde. Um dies plausibel zu machen, bildet er einige Beispielsfälle. Von diesen sollen hier nur diejenigen erörtert werden, bei denen nach Kaufmanns Ansicht mit der Gleichsetzung von bewußter und vorsätzlicher Unterlassung keine sachgerechten Ergebnisse zu erzielen sind[3]:

Jemand wird Zeuge eines Unglücksfalls, der sein Eingreifen erfordert.

1. "Dem Handlungspflichtigen kommt der Tod des Verletzten sehr gelegen, etwa weil damit der einzige Unfallzeuge beseitigt ist; der Untätige versagt sich hier von vornherein dem Gedanken der Hilfeleistung. Ein Eingreifen oder gar dessen

---

1) WELZEL, Lehrbuch, S. 33
2) WELZEL, Lehrbuch, 2. Aufl. (1949), S. 92 f.
3) KAUFMANN, Festschrift-von Weber, S. 224 ff.

sinnvolle Gestaltung bedenkt er nicht einen Augenblick[1]."

2. "Der Unterlassende ist gleichgültig gegenüber dem Erfolgseintritt.... Auch er versagt sich von vornherein der Forderung des Rechts. Über die unterlassene Handlung, nämlich die zweckmäßigste Hilfsmaßnahme und deren Durchführung durch ihn selbst, denkt er sicherlich nicht nach."
3. "Der Handlungspflichtige befindet sich im inneren Zwiespalt; er schwankt zwischen dem Wunsch zu helfen einerseits, den Unfallzeugen sterben zu sehen oder möglichst schnell sein Reiseziel zu erreichen andererseits.... Der innere Zwiespalt bewegt sich so sehr im allgemeinen, daß über die konkrete Rettungsmaßnahme nicht reflektiert wird; er kommt nicht einmal zu dem Entschluß, die Möglichkeit des Eingreifens zu prüfen. Der Unterlassende ist sich seiner Handlungsfähigkeit also nicht bewußt."

a. Unzulässige Gleichsetzung von Bewußtsein und Reflexion

In diesen Fällen, so meint Kaufmann, sei es vom Standpunkt der Lehre, die den Unterlassungsvorsatz mit dem Bewußtsein der Unterlassung identifiziert, nicht möglich, ein vorsätzliches Unterlassungsdelikt anzunehmen. Dem muß jedoch widersprochen werden. Kaufmanns Schilderung dieser Fälle mutet widersprüchlich an. Die psychischen Einstellungen und Vorgänge (Gelegenkommen, Schwanken), die er hier annimmt, werden sich im allgemeinen so auswirken, daß der ganze Vorgang in besonderem Maß in das Bewußtsein tritt. Es mag aber Fälle geben, wo der Zwiespalt und das Schwanken sich so sehr im allgemeinen bewegen, daß der Untätige sich dessen nicht bewußt wird. Aber auch für diese verbleibenden Fälle erscheint Kaufmanns Ansicht nicht zutreffend. Sein entscheidender Fehler liegt in einer Veren-

---

1) Schon bei der Auswahl seiner Beispiele verbiegt KAUFMANN das Problem ein wenig. Das mangelnde Bewußtsein der eigenen Rettungsmöglichkeit braucht nicht, wie man nach seiner Schilderung der psychischen Sachverhalte annehmen könnte, auf Gleichgültigkeit oder Abgestumpftheit zu beruhen. Es kann auf durchaus nachvollziebaren Einstellungen wie Trauer und Entsetzen beruhen. Vgl. GRÜNWALD, Festschrift-Mayer, S. 293

gung des Begriffs des Bewußten. Wie aus seinen Schilderungen hervorgeht, sieht er als bewußt nur an, worüber der Untätige nachdenkt, reflektiert oder was er bedenkt. Daß sich hierin der Begriff des in strafrechtlicher Hinsicht relevanten Bewußten nicht erschöpft, haben in neuerer Zeit Platzgummer und Schewe nachgewiesen.

Nach Platzgummer ist neben dem Bewußtsein, das eine attentative Zuwendung zu seinem Gegenstand voraussetzt, ein Mitbewußtsein anzuerkennen[1]. Zu diesem Mitbewußtsein gehören diejenigen Gegenstände, die zwar nicht explizit beachtet werden, die aber mit einem anderen, beachteten Bewußtseinsinhalt zusammenhängen und notwendig implizit mitbeachtet werden müssen[2]. Die Notwendigkeit dieses Mitbewußtseins beruht darauf, daß der Mensch aufgrund seines Erfahrungswissens seine Wahrnehmungen auch ohne attentative Zuwendung in bestimmte Sinnbezüge einordnet.

Ähnlich spricht Schewe davon, daß bestimmte bewußte Einzelgebilde in umfassende Bezüge eingebettet sind, die ebenfalls am Rande mitbewußt sind[3]. Das attentativ Bewußte steht zu dem nur Mitbewußten in einem Figur-Grund-Verhältnis. D.h. die Figur kann nicht ohne den Grund erkannt und gedacht werden.

Diese Erkenntnisse sind inzwischen im Ergebnis wohl einhellig anerkannt[4]. Wendet man sie auf die drei Varianten des Kaufmannschen Beispiels an, so erscheint es kaum denkbar, daß in

---

1) PLATZGUMMER, Bewußtseinsform, S. 81 ff.

2) PLATZGUMMER, Bewußtseinsform, S. 83

3) SCHEWE, Bewußtsein, S. 108 ff. Im Ergebnis ähnlich BOCKELMANN, Gedächtnisschrift-Radbruch, S. 254 ff., der meint, daß im Sinne des § 59 a.F. alles das Kenntnis ist, was sich als Kenntnis erwiesen haben würde, wenn es Gegenstand der Reflexion gewesen wäre

4) BAUMANN, AT, § 26 II 3, S. 396 f; SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 59 Rdnr. 14; RUDOLPHI, Unrechtsbewußtsein, S. 150 ff.; JESCHECK, AT, § 29 II, S. 218; WESSELS, AT, § 7 III 1, S. 47; SCHMIDHÄUSER, AT, 10/50 ff., S. 520 ff.; STRATENWERTH, AT, Rdn. 276; DREHER, StGB, § 15,2 A

einer derartigen, an sich überschaubaren Situation, in der bezüglich des Verhaltens eine eindeutige gesellschaftliche Erwartung besteht, die Eingriffsmöglichkeit nicht wenigstens in der Form des Rand- oder Mitbewußtseins erkannt wird. Es ist nicht notwendig, daß der Untätige erwogen hat, die erkannte Möglichkeit auch zu nutzen. Der Untätige kann nicht einfach sein Erfahrungswissen, das ihm sagt, daß und wie er möglicherweise zu helfen hat, ausschalten. Es ist z.B. in der geschilderten Situation unglaubhaft, daß der Unterlassende nicht auf die Idee kommt, polizeiliche oder andere Hilfe herbeizurufen. Dies alles mag nicht Gegenstand der Reflexion sein. Das ist aber auch nach dem Gesagten nicht erforderlich. Ebensowenig ist dieses Bewußtsein dadurch ausgeschlossen, daß dem Untätigen der Erfolg durchaus gelegen käme. Denn diese Einstellung hat keinen Einfluß auf das Erfahrungswissen und das Wissen um die gesellschaftlichen Erwartungen. Auch der Täter, dem in diesem Fall der Tod des Verletzten gelegen käme, weiß, daß eine generelle Verpflichtung besteht, in solchen Fällen zu helfen. Er wird sich auch des Wissens nicht entschlagen können, daß hierzu die Benachrichtigung oder sonst eine geeignete Maßnahme erforderlich ist. Kaufmann kommt hier nur zu einer Leugnung des Bewußtseins, weil er dieses mit Reflexion gleichsetzt. Der Mensch ist aber kein ständig reflektierendes Wesen, gleichwohl sind ihm sehr viele Dinge bewußt.

Aufgrund der genannten Erwägungen wird man in einem großen Teil der von Kaufmann beschriebenen Fälle eine bewußte Unterlassung annehmen können[1]. Insbesondere ist das Beispiel des hartgesottenen Berufsverbrechers, der völlig außerhalb der

---

1) Im Falle OLG Köln NJW 1957, 1609, den KAUFMANN, Dogmatik, S. 117, als Beispiel für die These nennt, daß die Gerichte auch unbewußte Unterlassungen als vorsätzlich ansehen, läßt sich vom hier vertretenen Standpunk zwanglos eine bewußte Unterlassung bejahen. Das Gericht führt aus, die vom Angeklagten geforderten Hilfsmaßnahmen seien s e l b s t v e r s t ä n d l i c h und ethische M i n d e s t forderungen gewesen. SCHEWE, Bewußtsein, S. 114, weist darauf hin, daß gerade das Selbstverständliche meist nicht Gegenstand der Reflexion, aber dennoch gerade wegen seiner Selbstverständlichkeit bewußt sei. Er spricht von der Unscheinbarkeit des Selbstverständlichen

gesetzlichen Wertordnung lebt, nicht dazu angetan, die hier vertretene Ansicht zu widerlegen[1]. Die Vorstellung, daß solche "Berufsverbrecher" sich der Wertbezüge der Gesellschaft nicht bewußt sind, ist im Regelfall kaum zutreffend. Vielmehr dürfte es meistens so liegen, daß diese Täter nicht außerhalb dieser Ordnung, sondern gegen sie handeln[2].

Welzel, der sich Kaufmanns Ansicht über die Quasi-Vorsätzlichkeit zu eigen gemacht hat, meint, auch mit dem hier dargestellten Verständnis des Bewußten sei nicht viel gewonnen. Der Fall BGHSt 19,295 zeige die Grenzen dieser Auffassung[3]. In diesem Fall hatte die Angeklagte Kenntnis davon erlangt, daß ihr Ehemann eine Bank berauben wollte. Es konnte ihr nicht widerlegt werden, daß sie von dem Gebot des § 138 keine Kenntnis hatte. Die Angeklagte hatte allerdings die Möglichkeit erkannt, das Vorhaben ihres Ehemannes durch eine Anzeige bei der Polizei zu vereiteln[4]. Der BGH hat damit ausdrücklich festgestellt, daß sich die Angeklagte der Möglichkeit einzugreifen bewußt war[5]. Wenn Welzel sagt, es sei unwahrscheinlich, daß der Angeklagten der Gedanke gekommen sei, ihren Mann anzuzeigen, übersieht er, daß der BGH ausdrücklich das Gegenteil feststellt. Die Entscheidung ist daher nicht dazu angetan, die hier vertretene Ansicht in Frage zu stellen. Problematisch ist hier allein die Bewertung des Irrtums der Angeklagten.

b. Unzutreffende Wertung der verbleibenden Fälle

Dennoch ist nicht zu leugnen, daß die von Kaufmann beschriebenen Fälle gelegentlich vorkommen mögen, in denen der Täter

---

1) Vgl. KAUFMANNS Beispiel, Dogmatik, S. 117

2) SCHEWE, Bewußtsein, S. 149

3) WELZEL, Lehrbuch, S. 205. Gerade WELZEL hat früher, Lehrbuch, 8. Aufl., S. 60, betont, daß die Bewußtseinsintensität verschieden groß ist

4) BGHSt 19,295 (299)

5) So auch GEILEN, JuS 1965,428. HERZBERG, Garantenprinzip, S. 225 FN 12 meint, mit dieser Deutung werde der BGH überinterpretiert. Aber auch er meint, der Angeklagten sei bewußt gewesen, daß niemand, also auch sie nicht, das Vorhaben ihres Mannes verhindere

unbewußt unterläßt, obwohl die Möglichkeit des Handelns für ihn erkennbar war. Es ist aber nicht richtig, daß diese Fälle der schwereren Unrechtsart zuzurechnen sind. Wenn dies auf Abgestumpftheit oder Gleichgültigkeit beruht, handelt es sich um eine schwere charakterliche Unangepaßtheit an die Umwelt, die schon fast pathologisch zu nennen ist. Grünwald drückt dies treffend mit den Worten aus, hier versage s i c h der Untätige nicht den Anforderungen des Rechts, sondern er versage[1]. Engisch sagt, die Einstellung dieses Untätigen, der das Geschehen ablaufen sieht, ohne es auf sich zu beziehen, sei nicht mit dem Vorsatz gleichzusetzen. Wenn er Befriedigung über den Erfolg empfinde, sei dies dem dolus subsequens vergleichbar[2].

c. Zusammenfassung

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, daß Kaufmanns Ansicht, es könne keinen Unterlassungsvorsatz geben, unzutreffend ist. Es ist nicht richtig, daß der Vorsatz ein willentliches Anstoßen eines Kausalverlaufs notwendig voraussetzt. Vorsätzlich verhält sich auch, wer im Bewußtsein, eingreifen zu können, willentlich untätig bleibt. Auch solches Verhalten ist sinnhaft zur Erreichung eines Zweckes einsetzbar, also final. Für die Beschränkung der Finalität auf das zweckmotivierte, aktive Anstoßen eines Kausalverlaufs besteht kein Grund.
Ebenso hat sich gezeigt, daß Kaufmanns Ansicht, mit der Gleichsetzung von bewußter und vorsätzlicher Unterlassung würden ungerechte Ergebnisse erzielt, nicht zutrifft. Damit ist der erste Teil seiner Begründung für die Unmöglichkeit eines Versuchs beim Unterlassungsdelikt hinfällig. Nunmehr soll sein zweites Argument untersucht werden, daß ein Versuch deshalb unmöglich sei, weil die Unterlassung nicht dauere, sondern nur zeitpünktlich zu verstehen sei, die These also, es gebe keinen Versuch des Unterlassungsdelikts, der nicht zugleich die ganze Unterlassung sei.

---

1) GRÜNWALD, Festschrift-Mayer, S. 296
2) ENGISCH, JZ 1962, 190

II. Die Unterlassung in der Zeitdimension

1. Kaufmanns Kausalitätsargument

Auch diesen Satz begründet Kaufmann sowohl mit wertenden als auch mit ontologischen Argumenten.
Daß nur die Vornahme der letztmöglichen Handlung geboten sei, folgt für Kaufmann aus einer Kausalbetrachtung. Er meint, ein Unterlassen vor diesem Zeitpunkt sei nicht notwendige Bedingung für den Erfolgseintritt. Werde der Täter vor diesem Zeitpunkt tätig, so liege zwar eine Gebotserfüllung vor, unterlasse er aber ein Eingreifen vor dem letztmöglichen Moment, so unterlasse er nicht pflichtwidrig[1]. Denn nur das Eingreifen in diesem Zeitpunkt sei notwendig, um den Erfolg abzuwenden. Anders sei es beim Begehungstäter. All seine Betätigungen einschließlich der Vorbereitungshandlungen seien zur Erfolgsbewirkung notwendig.
Bei diesem Vergleich der beiden Deliktsarten verschiebt Kaufmann jedoch die Basis. Bei den Begehungsdelikten fragt er, was notwendig ist, um dem Verbot zuwiderzuhandeln. Beim Unterlassungsdelikt fragt er, was notwendig ist, um dem Gebot Folge zu leisten. Fragt man in beiden Fällen, was zur Erfolgsherbeiführung notwendig ist, so sind es beim Begehungsdelikt fast (fast, weil der Täter auch Überflüssiges tun mag) alle Handlungen, bei den Unterlassungsdelikten alle Unterlassungen (wenn man vorerst die These akzeptiert, daß es sich um eine Vielzahl aufeinanderfolgender Unterlassungen handelt). Wenn man die umgekehrte Frage stellt, was notwendig ist, um sich normgemäß zu verhalten, zeigt sich bei den Begehungsdelikten, daß - wenn

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 215. Ähnliche Überlegungen hat schon ROHDE, Diss., S. 83 f. angestellt. Ein Nichtgeschehen könne an sich zeitlos gedacht werden. Dies sei nur anders, wenn es den Gegensatz eines bestimmten Geschehens bilde, das nur innerhalb einer bestimmten Zeit-Raum-Beziehung denkbar sei. Durch die Gegenüberstellung zu diesem Geschehen werde dem Nichtgeschehen eine Zeit-Raum-Beziehung zugewiesen. Von der Vielzahl der möglichen Erfüllungshandlungen sei nur die letzte relevant. Vorher stehe dem Pflichtigen ein "spatium deliberandi" zur Verfügung

man von der Existenz des § 22 absieht - es ausreicht, daß der Täter die letzte Ausführungshandlung zu unterlassen, während bei den Unterlassungsdelikten die letzte Handlungsmöglichkeit genutzt werden muß.
Es zeigt sich damit eine Parallelität, die Kaufmann nicht erfaßt, weil er die Vergleichsbasis verschiebt. Bei der Unterlassung hebt er nur auf die gedachte Handlung ab. Von der Problemstellung her, ob beim Unterlassungsdelikt ein Versuch denkbar ist, erscheint aber allenfalls die Frage sinnvoll, ob das Unterlassen zu einem bestimmten Zeitpunkt notwendig für den Erfolg ist. In Wahrheit ist aber die ganze Fragestellung verfehlt. In Kaufmanns Deduktion ist ein nicht näher erläuterter Sprung von Notwendigkeitserwägungen auf den Inhalt der Pflicht. Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch hat mit Notwendigkeits- d.h. Kausalitätsgesichtspunkten nichts zu tun. In diesem Punkt stimmen alle Versuchslehren überein[1]. Käme es auf die Notwendigkeit eines Verhaltens für den Erfolg an, müßten die Vorbereitungshandlungen weitgehend als versuchsbegründend anzusehen sein, denn sie sind meistens notwendige Bedingungen des Erfolgseintritts. Käme es jedenfalls auch - neben anderen Gesichtspunkten, die die Vorbereitungshandlungen eliminieren - auf die Notwendigkeit an, so könnte der untaugliche Versuch nicht als strafbar - eigentlich nicht als Versuch - angesehen werden. Denn bei ihm fehlt per definitionem ein Bedingungszusammenhang zu dem gedachten Erfolg.

2. Kaufmanns Wertargument

Dies zeigt schon, daß die Frage nach dem Versuch des Unterlassungsdelikts nicht losgelöst von den allgemeinen Lehren über den Versuch beantwortet werden kann. Es muß also immer auf § 22 Bezug genommen werden. Das übersieht Kaufmann gelegentlich. So wenn er meint, geboten sei schließlich nur, daß der Erfolg überhaupt abgewendet werde. Mit dem gleichen Recht kann man bezüglich der Begehungsdelikte sagen, lediglich die Erfolgsherbeiführung sei verboten. Eine solche Betrachtungsweise schließt der Strafausdehnungsgrund des § 22 aus. Es muß also gefragt

1) Dies gilt auch für die objektiven Versuchslehren, soweit sie die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs anerkennen

werden, welche über die in den einzelnen Tatbeständen des Besonderen Teils enthaltenen Gebote[1] durch diese Norm aufgestellt werden. Kaufmanns Ansicht erinnert an den Standpunkt der älteren Lehre, die die Möglichkeit einer Erweiterung des Gebotsinhalts durch die Versuchsstrafbarkeit nicht bedachte.

a. Der Hinweis auf die Willkürlichkeit

Kaufmann prüft diese Möglichkeit zwar, er verwirft sie aber, weil er meint, ihre Konsequenzen seien unhaltbar. Um das zu demonstrieren, zieht er den Streckenwärter-Fall heran.

> Der Streckenwärter S findet um 22 Uhr den sinnlos betrunkenen B auf den Schienen liegen. S weiß genau, daß der nächste Zug erst um 6 Uhr die Strecke passieren wird. Er rechnet damit, daß B auch dann noch dort liegen wird, und greift nicht ein[2].

Hier, so meint Kaufmann, zeige sich, daß eine sinnvolle Grenze zwischen Vorbereitung und unbeendetem Versuch nicht auffindbar sei, wenn man die Handlungspflicht vor der letzten Eingriffsmöglichkeit einsetzen lasse[3]. In dem gleichförmigen Unterlassen könne nur willkürlich ein Zeitpunkt herausgegriffen und als Beginn des Versuchs bezeichnet werden.
Das kann jedoch nicht zugegeben werden. Wenn sich aus § 22 ein bestimmter Zeitpunkt ergibt, indem man etwa auf den ersten möglichen Eingriff, auf den Verlust der Tatherrschaft, auf einen bestimmten Gefahrgrad oder auf eine bestimmte Willensintensität als Kriterium für den Versuchsbeginn abstellt, so ist dieser Zeitpunkt auch im konkreten Fall fixierbar. Dabei mögen Schwierigkeiten auftreten. Das ist aber kein eigentlich dogmatischer Einwand. Überdies würde es sich dabei nicht um

---

1) Zu der Frage, ob die Tatbestände solche Gebote enthalten, soll hier nicht Stellung genommen werden. Das wird allgemein vorausgesetzt. Vgl. dazu NICKEL, Problematik, S. 7 ff.

2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 212 ff.

3) Es ist gar nicht ausgemacht, daß ein unbeendeter Versuch vorliegt. Durch diese Annahme verkürzt sich KAUFMANN den Blick. Das Argument, es könne kein beendeter Versuch vorliegen, weil ein Ende ohne Anfang nicht denkbar sei, beruht auf einer verfehlten Gleichsetzung von Anfang und unbeendetem Versuch. In Wahrheit handelt es sich um Strukturen, deren Einordnung von der Art des Rücktrittsverhaltens abhängt. Vgl. dazu ANDROULAKIS, Studien, S. 106; KUBACH, Diss., S. 63 und unten S. 159 ff.

eine Eigentümlichkeit des Versuchs beim Unterlassungsdelikt handeln, wie die immer wieder auftretenden Abgrenzungsschwierigkeiten beim Begehungsversuch zeigen. Diese Schwierigkeiten zeigen, daß es auch beim Begehungsversuch um die Konkretisierung normativer Kriterien geht. Die äußere Plastizität des Verhaltens erleichtert allenfalls die Abgrenzung beim Begehungsversuch.

b. Die Behandlung des Rücktritts

Um seine These von den unhaltbaren Konsequenzen der Gegenmeinung zu untermauern, verweist Kaufmann auf die Behandlung des Rücktritts. Er fragt, wie der Rücktritt beim Versuch des Unterlassungsdelikts denn beschaffen sein solle: Soll der Täter dadurch zurücktreten können, daß er seine "positive innere Ablehnung der Rettung" aufgibt, dadurch daß er den Entschluß faßt, doch rettend einzugreifen oder dadurch, daß er tatsächlich rettend eingreift? Die letzte Möglichkeit hält er deswegen für falsch, weil sie bedeute, daß vom u n beendeten Versuch nur durch Vornahme der gebotenen Handlung zurückgetreten werden könne. Es sei aber gerade das Kennzeichen des unbeendeten Versuchs, daß man von ihm durch reines Aufgeben des Vorsatzes zurücktreten könne[1]. Mit der ersten Möglichkeit trifft Kaufmann die herrschende Ansicht nicht. Sie verlangt für den Vorsatz keine "positive innere Ablehnung", sondern nur das Bewußtsein der Rettungsmöglichkeit und der eigenen Untätigkeit. Die zweite und dritte Möglichkeit können ihm nur darum merkwürdig erscheinen, weil er die Besonderheiten der Unterlassung aus den Augen verliert. Bei einem Begehungsdelikt gebietet die Norm ein Unterlassen. Der Täter verhält sich (wieder) rechtstreu, wenn er die Vornahme der Tatbestandshandlung unterläßt. Erst wenn er die verbotene Handlung so weit gefördert hat, daß nunmehr ohne weitere Aktivität der Erfolg einzutreten droht, muß er zur Abwendung des Erfolgs aktiv werden. Beim Unterlassungsdelikt verlangt das Gebot von vornherein ein Tätigwerden. Der Widerspruch, den Kaufmann darin sieht, daß der Täter hier, um zurückzutreten, den Erfolg abwenden müsse, besteht also gar nicht. Als normgemäßes Verhalten kommt von vornherein nur ein

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 213

Tätigwerden in Betracht. Auch der Satz, es sei ein Kennzeichen des unbeendeten Versuchs, daß man von ihm durch bloße Aufgabe des Deliktsvorsatzes zurücktreten könne, kann nicht ungeprüft hingenommen werden. So ist es beim Begehungsversuch. Es ist aber gerade die Frage, ob beim Versuch des Unterlassungsdelikts das gleiche gilt[1]. Selbst wenn dies in der Tat ein Charakteristikum des unbeendeten Versuchs ganz allgemein ist, löst sich doch die vermeintliche Ungereimtheit in Nichts auf, wenn man gerade wegen dieser Besonderheit annimmt, beim Unterlassungsdelikt gebe es nur einen beendeten Versuch[2]. Zu dieser Frage soll hier noch nicht Stellung genommen werden[3]. Immerhin zeigen aber die beiden angedeuteten Möglichkeiten, daß Kaufmanns Einwand nicht verfängt.

c. Der Hinweis auf § 138 StGB

Weiterhin beruft sich Kaufmann auf die Bestimmung des § 138, wo eine "rechtzeitige" Anzeige gefordert wird[4]. Aber es ist zweifelhaft, ob § 138 damit eine Regelung trifft, die für alle Unterlassungsdelikte gilt. Gerade die Einzigartigkeit dieser Bestimmung läßt eher den gegenteiligen Schluß zu[5]. Außerdem ist zu bedenken, daß § 138 regelt, wann die unterlassene Verbrechensanzeige vollendet ist. Eine Aussage zum Versuchsbeginn ist damit nicht gemacht. Überdies ist "rechtzeitig" nicht unbedingt gleichbedeutend mit "letztmöglich". Man kann etwa als rechtzeitig nur den Eingriff ansehen, der mit Sicherheit den Erfolg noch abwendet, während danach immer noch eine letzte, unsichere Abwendungschance bestehen mag[6].

---

1) Vgl. zu einer anderen Möglichkeit der Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Unterlassungsdelikt SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 46 Rdnr. 11 f.

2) So übereinstimmend ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 232 FN 54 und HERZBERG, MDR 1973,93, die ansonsten entgegengesetzte Standpunkte einnehmen.

3) Vgl. dazu unten S.159 ff.

4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 212

5) KUBACH, Diss., S. 62

6) KUBACH, Diss.,S. 61

d. Kaufmanns Berufung auf die allgemeinen Versuchslehren

Schließlich versucht Kaufmann auch darzulegen, daß seine These von dem späten Beginn der Handlungspflicht im Einklang mit der allgemeinen Versuchslehre steht. Wenn man mit Bockelmann die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch danach treffe, ob "der Verbrechensvorsatz die Feuerprobe der kritischen Situation bestanden hat" oder ob "die letzte maßgebliche Entscheidung über das Ob der Tat gefällt wird[1]", so könne nicht zweifelhaft sein, daß bei Unterlassungen dieser kritische Zeitpunkt erst mit der letztmöglichen Erfüllungshandlung gekommen sei[2].
Es bestehen jedoch grundsätzliche Bedenken gegen die Bockelmann'sche "Krisentheorie". Diese Lehre beruht auf dem Bemühen, den vermeintlichen Widerspruch innerhalb der Versuchslehre zu tilgen, der darin liegen soll, daß die subjektive Versuchslehre bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch auf ein objektives Element zurückgreift. In dieser Kombination subjektiver und objektiver Faktoren liegt aber keine Systemwidrigkeit[3]. Ihr liegt der billigenswerte Gedanke zugrunde, daß der böse Gedanke allein nicht strafbar sein soll. Zur Annahme einer Systemwidrigkeit kann man nur kommen, wenn man die Versuchslehre an ihrer Eignung zur Erklärung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs mißt. Eine Versuchslehre sollte aber nicht vom untauglichen, sondern vom tauglichen Versuch ihren Ausgang nehmen. Überdies ist die Erklärung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs auch vom Boden einer subjektive und objektive Elemente mischenden Versuchslehre möglich.

Die Einführung eines objektiven Elements zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch ist erforderlich, um die nötige Rechtssicherheit und Gleichheit der Rechtsanwendung zu gewährleisten.

---

1) BOCKELMANN, Untersuchungen, S. 146
2) KAUFMANN, Dogmatik, S. 216
3) HEINITZ, JR 1956, 248 FN 10

Eine konsequente Durchführung der subjektiven Theorie Bockelmanns würde dazu führen, daß bei gleichem Tatverlauf je nach der Psyche des Täters verschiedene Zeitpunkte für den Beginn des Versuchs anzusetzen sind[1]. Dieses Ergebnis erscheint theoretisch unannehmbar und auch praktisch undurchführbar. Wie soll der Richter nachträglich entscheiden, wann der Täter die Feuerprobe bestanden hat? Will man dieses Ergebnis vermeiden, muß man doch wieder auf objektive Elemente zurückgreifen, die sich damit als entscheidend erweisen[2].

Zur Begründung seiner Ansicht beruft sich Bockelmann weiterhin darauf, daß die Gegenmeinung in bestimmten Fällen die Möglichkeit des strafbefreienden Rücktritts zu sehr beschneide[3]. Diese Argumentation erscheint aber methodisch fragwürdig, denn die Frage, wann ein Versuch vorliegt, ist unabhängig von den Voraussetzungen des Rücktritts zu beantworten[4]. Im übrigen kehrt sich dieses Argument gegen Bockelmanns Theorie. Die letzte Entscheidung über das Ob der Tat fällt erst mit dem Verstreichenlassen der letzten Chance zur tätigen Reue, so daß bei einer konsequenten Anwendung dieser Theorie für den Rücktritt überhaupt kein Raum mehr wäre[5].

Bockelmanns Theorie ist daher zu verwerfen. Sie kann darum auch nicht Kaufmanns Ansicht stützen.

Kaufmann mißt seine These aber auch an der von Welzel entwickelten Formel, wonach der Versuch beginnt, wenn der Täter unmittelbar zur Verwirklichung des Verbrechenstatbestands ansetzt[6].

---

1) HEINITZ, JR 1956,248 FN 13; BECHER, Diss., S. 41; WAIBLINGER SchZStr 72 (1957), 131 f., zieht diese Konsequenz für seine der BOCKELMANN'SCHEN ähnliche Theorie ausdrücklich

2) Auch KAUFMANN stellt bei der Anwendung der BOCKELMANN'SCHEN Lehre auf den objektiv letzten Augenblick ab. Denn sonst müßte er bei einem Täter, der irrig glaubt, die letzte Eingriffsmöglichkeit sei gekommen, einen Versuch bejahen.

3) BOCKELMANN, Untersuchungen, S. 144

4) BECHER, Diss., S. 64

5) ARZT, JZ 1969,57

6) WELZEL, Lehrbuch, S. 188

Kaufmann meint, mit dieser Formel sei es nur vereinbar, beim Unterlassungsdelikt eine Handlungspflicht erst im letzten Augenblick, zu dem die Rettung noch möglich ist, zu bejahen. Dies ist darum bedeutsam, weil Welzels Formel dem neuen § 22 entspricht. Mit dem Begriff des tatplanmäßigen Ansetzens ist jedoch nicht gesagt, daß eine Zeitspanne, während der der Täter unmittelbar ansetzt, ausgeschlossen ist. Die Frage soll hier noch nicht ausführlich erörtert werden; das wird im nächsten Kapitel geschehen. Daß aber der Wortlaut des § 22 andere Ansichten nicht ausschließt, zeigt Herzberg, der ebenfalls auf das Ansetzen abstellt und dabei zu dem Ergebnis kommt, der Täter müsse die erste Handlungsmöglichkeit ergreifen[1]. Roxin bemerkt dazu, der Wortlaut der Ansatzformel gebe wohl für die Lösung des Problems nichts Entscheidendes her[2].

e. Der Vorwurf der Gesinnungsbestrafung

Schließlich führt Kaufmann für seine Ansicht das Argument an, die Gegenmeinung führe zu einem reinen Gesinnungsstrafrecht[3]. Der Streckenwärter, der den Betrunkenen auf den Schienen liegen lasse, habe weniger getan oder unterlassen als der potentielle Mörder, der die Tatwaffe kaufe. Kaufmann meint, wenn der Streckenwärter in dem oben wiedergegebenen Beispiel nach Hause gehe, nachdem er den Betrunkenen gefunden habe, so habe er seinen möglichen Willen nicht einmal manifestiert. Denn der Streckenwärter könne ja durchaus entschlossen sein, später zurückzukehren.
Diese Argumentation überzeugt nicht. In sie scheinen Gedanken der sogenannten Unzweideutigkeitstheorie eingeflossen zu sein, nach der der Versuch beginnt, wenn das Verhalten des Täters seinen verbrecherischen Willen unzweideutig erkennen läßt. Es ist auch zweifelhaft, ob im Fall des Streckenwärters eine geringere Rechtsgutgefährdung vorliegt als beim waffenkaufenden Mörder.
Daß die Gegenmeinung nicht zur Gesinnungsbestrafung führt, zeigt deutlich der Fall der Mutter, die ihr Kind langsam verhungern läßt. Hier liegt auch schon vor der letzten Eingriffs-

---

1) HERZBERG, MDR 1973, 89 ff.
2) ROXIN, JuS 1973, 329
3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 216 f.

möglichkeit eine recht handgreifliche Manifestation des Tötungswillens vor. Wenn Kaufmann in einem ähnlichen Beispiel argumentiert, das vorherige Unterlassen verstoße nur gegen das Garantengebot zur Abwendung von Körperverletzungen, so geht dies fehl[1]. Eine Körperverletzung begeht der Täter hier in der Vollendungsform, das sagt aber nichts über das Vorliegen eines Tötungsversuchs. Es ist auch noch niemand auf die Idee gekommen, zu sagen, der Täter, der sein Opfer mit einer Reihe von Giftdosen zu töten trachtet, verstoße bis zur letzten tödlichen Spritze nur gegen das Körperverletzungsverbot. Auch in den übrigen Fällen, wo die Rechtsgutbeeinträchtigung im Vorstadium nicht so handgreiflich ist wie im Mutter-Kind-Fall, ist der Vorwurf der Gesinnungsbestrafung unangebracht. Ein Handlungsgebot setzt ohnehin eine Gefahrsituation voraus[2], so daß nicht gesagt werden kann, nur der böse Gedanke werde bestraft. Bei dem Vorwurf der Gesinnungsbestrafung denkt Kaufmann offenbar nur an die Möglichkeit, die Strafbarkeit des Unterlassenden sofort einsetzen zu lassen. Es ist aber keineswegs ausgemacht, daß dies allgemein richtig ist. Wenn sich herausstellt, daß ein zwischen beiden Extremen liegender Zeitpunkt der richtige ist, würde der Vorwurf noch weiter an Gewicht verlieren.

3. Zusammenfassung

Zusammengefaßt kann gesagt werden, daß die These Kaufmanns, die Unterlassung könne nicht dauern, als nicht stichhaltig erscheint. Seine Begründung ist überwiegend normativer Art. Die dabei vorgebrachten Erwägungen haben sich als nicht überzeugend erwiesen. Die These beruht letztlich darauf, daß er den Versuch nur als eine unvollkommene Handlung[3] und nicht als eine bestimmte Relation zwischen Täterverhalten und Tatbestandsverwirklichung[4] zu begreifen vermag.

---

1) Vgl. den ähnlichen Einwand BAUERMEISTERS gegen die Argumentation ALLFELDS in dem oben S. 13 wiedergegebenen Beispiel.

2) Dies gilt jedenfalls für Handlungsgebote im Bereich des Kriminalstrafrechts

3) KAUFMANN, Dogmatik, S. 106 f.

4) KUBACH, Diss., S. 64; BAUMANN, AT, § 33 I 3, S. 504

3. Kapitel 3

Der Beginn des Versuchs

Nachdem im vorigen Kapitel gezeigt wurde, daß bei den unechten Unterlassungsdelikten ein Versuch als zeitlich unvollendetes Delikt denkbar ist, soll nunmehr der Frage nach dem Beginn des Versuchs nachgegangen werden.
Auf die Frage, wann beim Unterlassungsdelikt der Versuch beginne, wird gelegentlich geantwortet, dies sei mit dem Beginn der Pflicht zum Eingreifen der Fall[1]. Herzberg hat jedoch zu Recht darauf hingewiesen, daß damit nicht viel gesagt ist, denn sofort erhebt sich die Frage, wann die Pflicht zum Handeln beginnt[2]. Dies ist die eigentliche Frage. Auf sie gibt es, wie schon angeklungen ist, prinzipiell drei verschiedene Antworten. Man kann der Meinung sein, die Pflicht beginne sofort in dem Moment, in dem der Täter der Gefahrsituation gegenübersteht und handeln kann[3]. Andererseits ist es möglich anzunehmen, das Gesetz verpflichte den Täter nur, die letzte Möglichkeit zum Eingreifen wahrzunehmen[4]. Zwischen diesen beiden Extremen liegen eine Reihe anderer Möglichkeiten, den Pflichtbeginn zu bestimmen. Die Vertreter dieser Meinung stellen auf die Intensität des Verbrechensentschlusses[5], auf den Verlust der Herrschaft und die Aktualisierung der Gefahr[6] oder auf andere Kriterien ab.

Es ist schon hervorgehoben worden, daß das Problem nur auf der Grundlage der allgemeinen Versuchslehre gelöst werden kann. Auszugehen ist dabei von § 22, der grundlegenden Vorschrift über den Versuch. Daher wird zunächst untersucht, ob diese

---

1) BAUMANN, AT, § 33 I 3, S. 504
2) HERZBERG, MDR 1973, 91
3) HERZBERG, MDR 1973, 90 ff.
4) KAUFMANN, Dogmatik, S. 216; WELZEL, Lehrbuch, S. 221
5) GRÜNWALD, JZ 1959, 46 ff.
6) ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 213 ff.; JESCHECK, AT, § 60 II 2, S. 484

neue Vorschrift eine eindeutige Entscheidung der Frage oder wenigstens eine verwertbare Richtlinie enthält.

A. Der Inhalt des § 22 StGB

Nach § 22 beginnt der Versuch, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes ansetzt. Eine eindeutige und ausdrückliche Aussage zum Beginn des Versuchs beim Unterlassungsdelikt enthält diese Formel nicht. Sie ist vielmehr ersichtlich auf den Versuch des einzelnen Begehungstäters zugeschnitten[1]. Dennoch ist die Formel auch für die hier untersuchte Frage von Bedeutung, denn sie enthält eine Entscheidung hinsichtlich der allgemeinen Versuchstheorie und eine Leitlinie für die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung.

I. § 22 StGB und die allgemeine Versuchslehre

Unter der Herrschaft des § 43 a.F. war lange umstritten, welcher Gedanke der Versuchsbestrafung zugrundeliegt. Im Streit lagen hier verschiedene subjektive und objektive Versuchslehren.

1. Die subjektiven Versuchslehren

Die subjektiven Versuchslehren erblicken den Strafgrund des Versuchs in der Auflehnung des Täters gegen die Gebote der Rechtsordnung[2]. Dieser Gedanke erklärt zwanglos die Strafbarkeit auch des untauglichen Versuchs und trägt die Tendenz in sich, den Beginn des Versuchs recht früh anzusetzen.

---

1) ROXIN, JuS 1973, 329

2) Vgl. die grundlegende Entscheidung RGSt 1, 439

2. Die objektiven Versuchslehren

Demgegenüber sehen die objektiven Versuchslehren den Strafgrund des Versuchs nicht in einer abstrakten, nur auf die Rechtsordnung als Ganze bezogenen Gefährlichkeit des Täters, sondern in der von ihm ausgehenden Gefährdung des konkreten von ihm angegriffenen Rechtsguts. Diesen Theorien fügt sich die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht widerspruchslos ein, und sie nehmen den Beginn des Versuchs im allgemeinen erst für einen späteren Zeitpunkt als die subjektiven Versuchslehren an.

3. Die subjektiv-objektive Versuchslehre

Etwa seit den dreißiger Jahren wurde der subjektive Ausgangspunkt, der von der Rechtsprechung seit jeher gegen den größten Teil der Literatur vertreten wurde, nach und nach allgemein akzeptiert[1]. Heute kann als wohl herrschend eine subjektive Lehre mit Einbau objektiver Elemente bezeichnet werden. Danach liegt der Strafgrund des Versuchs in der Auflehnung des Täters gegen die Gebote der Rechtsordnung. Insoweit ist der Ausgangspunkt der subjektiven Lehre übernommen worden. Für den Beginn des Versuchs wird jedoch auf eine nach dem individuellen Tatplan objektiv tatbestandsnahe Handlung abgestellt[2]. Die Einfügung dieses objektiven Elements stellt den Bezug zu dem konkret angegriffenen Rechtsgut her. Der aus dem subjektiven Ausgangspunkt folgenden Gefahr, den Versuch als allgemeines Delikt der Unbotmäßigkeit aufzufassen, wird damit entgegengewirkt. Durch das objektive Element soll eine übermäßige Ausdehnung des Versuchsbereichs auf Kosten der Vorbereitung vermieden werden[3].

---

1) Als wohl einziger Anhänger einer objektiven Versuchslehre ist heute noch SPENDEL zu nennen. Vgl. Festschrift-Stock, 89 ff; und NJW 1965, 1881 ff.

2) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 43 Rdnr. 10 ff.; JESCHECK, AT, § 49 IV, S. 390 ff.; MAURACH, AT, § 41 I B, S. 495 ff.; WELZEL, Lehrbuch, S. 190 f.; STRATENWERTH, AT, Rdnr. 692 ff.; LK (BUSCH), StGB, § 43 Rdnr. 14; WESSELS, AT, § 14 II, S. 107 ff.

3) RUDOLPHI, JuS 1973,22; JESCHECK, AT, § 49 IV 2, S. 391; MAURACH, AT, § 41 I B 4, S. 499

Diese Konzeption liegt auch dem neuen § 22 zugrunde. Wie sich aus der Formulierung "nach seiner Vorstellung von der Tat" und der in § 23 III bekräftigten Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ergibt, ist jetzt nur noch ein subjektiver Ausgangspunkt vertretbar. Andererseits macht die Wendung "unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes ansetzt" deutlich, daß als Beginn des Versuchs nicht alle Manifestationen des deliktischen Entschlusses, sondern nur solche angesehen werden, die entweder schon Teil der Tatbestandsverwirklichung im Sinn der formal-objektiven Theorie oder doch - jedenfalls nach der Vorstellung des Täters - mit solchen Verhaltensweisen unmittelbar verbunden sind. Aus den Motiven zum 2. StrRG ergibt sich deutlich die Absicht des Gesetzgebers, der vor allem in der Rechtsprechung erkennbar gewordenen Tendenz zu einer Vorverlegung des Versuchsbeginns entgegenzuwirken[1]. Der Strafgrund des Versuchs liegt danach nicht nur in der Auflehnung des Täters gegen die Rechtsordnung. Dieser Wille muß in einer Weise zutage treten, die friedensstörend ist.
Damit ist die grundsätzliche Position des neuen Rechts, das die Grundlage der hier zu erarbeitenden Abgrenzung sein soll, dargelegt. Nunmehr ist im einzelnen zu untersuchen, was darüber hinaus dem § 22 für den Versuch des Unterlassungsdelikts entnommen werden kann.

II. Die einzelnen Merkmale des § 22 StGB

1. Die Bedeutung der Formel "Vorstellung des Täters von der Tat"

a. Bejahung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs

Mit der Wendung, daß ein Versuch vorliege, wenn der Täter "nach seiner Vorstellung von der Tat" zu ihrer Verwirklichung ansetzt, ist klargestellt worden, daß grundsätzlich auch der untaugliche Versuch strafbar ist. Das ergibt sich zudem aus § 23 III, wonach in bestimmten Fällen des untauglichen Ver-

---

1) Zweiter Schriftlicher Bericht, BT-Drucksache, V/4095, S.11

suchs von Strafe abgesehen bzw. die Strafe gemildert werden kann. Wieweit die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs geht, braucht nicht weiter verfolgt zu werden, da der untaugliche Versuch im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt werden soll.

b. Bedeutung für den Versuchsbeginn

Daneben hat aber die erwähnte Formel auch Bedeutung für die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch.

aa. Hinweis auf das Vorsatzerfordernis

In den Beratungen der Großen Strafrechtskommission ist die Frage erörtert worden, ob die Wendung so zu verstehen sei, daß ein Versuch erst vorliege, wenn der Täter selbst sein Verhalten als Versuch wertet[1]. Daß eine solche Deutung nicht richtig sein kann, ergibt sich schon daraus, daß es bei dieser Sicht von den Wertungen des Täters abhängen würde, ob und wann er wegen Versuchs strafbar ist. Bei gleichem Sachverhalt könnte von zwei Tätern einer strafbar sein, der andere nicht. Wie auch sonst, kommt es daher bei der Bestimmung des Versuchsbeginns nicht darauf an, wie der Täter sein Verhalten juristisch einordnet[2].

Die Formel könnte aber auch so zu verstehen sein, daß der Täter nicht nur die Merkmale des Vollendungstatbestandes, sondern auch die den Beginn des Versuchs ausmachenden Merkmale kennen und in einer laienhaften Weise in ihrer Bedeutung erkennen muß. In diesem Sinn hat sich Schwalm in der Großen Strafrechtskommission geäußert[3]. Die laienhafte Bewertung wird nach Schwalm in der Weise vollzogen, daß der Täter sich sagt: "Jetzt geht es los."
Diese Ansicht ist jedoch dem gleichen Einwand ausgesetzt wie die zuerst erörterte. Ob der Täter das Gefühl hat, es gehe nun-

1) BOCKELMANN, Niederschriften, Bd. 2, S. 176
2) BECHER, Diss., S. 19 f.
3) SCHWALM, Niederschriften, Bd. 2, S. 189

mehr los, kann nicht entscheidend sein. Der eine Täter mag dieses Gefühl schon bei ganz entfernten Vorbereitungshandlungen haben, der andere bei gleicher Tatausführung dagegen erst dann, wenn das Delikt nahezu vollendet ist. Eine konsequente Durchführung dieser Ansicht würde also zu einer totalen Subjektivierung der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch führen[1]. Demgegenüber ist lediglich die Ansicht diskutabel, daß mit dem Abstellen auf die Vorstellung des Täters gemeint ist, der Täter müsse die Umstände kennen, aus denen ein Beobachter den Schluß zieht, daß es jetzt losgehe[2]. Damit würde der Wendung ein besonderer Hinweis auf das Vorsatzerfordernis entnommen. So verstanden kommt es nicht auf die Selbsteinschätzung des Täters an.

Beim Versuch des Begehungsdelikts ist diese Kenntnis normalerweise gegeben[3]. Denn hier fördert der Täter handelnd, d.h. bewußt die Deliktsverwirklichung. Er kennt daher den Sachverhalt, aus dem der Beobachter schließt, daß nunmehr ein Versuch vorliegt. Anders liegt es möglicherweise beim Unterlassungsdelikt. Hier strebt ein vom Täter nicht in zu verantwortender Weise in Gang gesetzter Kausalverlauf einem schädlichen Erfolg zu. Der Täter erlebt nicht notwendig alle Phasen dieses Geschehens bewußt. Auch beim Unterlassungsdelikt ist es jedoch im Normalfall so, daß der Täter alle Phasen des Geschehens bewußt erlebt. In diesen Normalfällen ist die erörterte Ansicht auch beim Unterlassungsdelikt praktikabel. Sie würde keine der drei prinzipiell vorstellbaren Möglichkeiten, den Versuch des Unterlassungsdelikts zu bestimmen, ausschliessen.

bb. Flexibilität entsprechend der Vorstellung des Täters

Neben diesem Hinweis auf das Vorsatzerfordernis beim Versuch hat die Wendung,daß auf die Vorstellung des Täters von der

---

1) BECHER, Diss., S. 20

2) JESCHECK, Niederschriften, Bd. 2, S. 194

3) Anders ist es möglicherweise in den Fällen mittelbarer Täterschaft und bei der actio libera in causa. Vgl. dazu unten S. 112 ff.

Tat abzustellen sei, noch eine weitere Funktion. Sie ermöglicht eine individuelle, dem Tatplan des Täters angepaßte Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch. Dies führt dazu, daß bei gleichem äußerem Erscheinungsbild einmal ein Versuch, ein anderes Mal bloße Vorbereitung angenommen werden kann. Das zeigt sich im Fall des Diebes, der eine Leiter an ein Haus stellt. Er kann dabei vorhaben, nunmehr sogleich einzusteigen oder nur die Tauglichkeit der ihm zur Verfügung stehenden Leiter für den am nächsten Tag durchzuführenden Diebstahl zu testen. Im ersten Fall liegt schon ein strafbarer Versuch, im zweiten dagegen nur eine straflose Vorbereitungshandlung vor. Diese sachgerechte Differenzierung wird durch den Rückgriff auf den individuellen Täterplan ermöglicht.

Mit dieser Funktion der Formel ist eine weitere eng verknüpft. Wenn es bei der Abgrenzung des Versuchs auf die Sicht des Täters ankommt, so ist damit die sich aus der Täterplanung ergebende Sinngebung eines Verhaltens in die Beurteilung einbezogen. Es ist also nicht entscheidend, ob ein bestimmtes Verhalten einem den Tatplan nicht kennenden Beobachter die kriminelle Absicht ohne weiteres offenbart. Vielmehr ist allein maßgeblich, ob durch dieses Verhalten nach dem Tatplan unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt wird. Auch ein objektiv unverfängliches oder ambivalentes Verhalten kann demnach die Versuchsstrafbarkeit begründen.
Die Einbeziehung der Vorstellung des Täters in die Beurteilung ermöglicht also sachgerechte Differenzierungen und die Erfassung der oftmals äußerlich ambivalenten Vorgänge in ihrer Sinnhaftigkeit.
Beim Begehungsdelikt ist dies ungleich wichtiger als beim Unterlassungsdelikt. Denn hier erschließt sich die Sinnhaftigkeit des äußeren Verhaltens in der Regel aus diesem selbst. Es bedarf des Rückgriffs auf die Vorstellung des Täters nur insoweit, als es darum geht, ob er die Situation und die Möglichkeit seines Eingreifens erkannt hat. Dieser Unterschied und damit die geringere praktische Bedeutung der Formel von der Vorstellung des Täters beim Unterlassungsdelikt ist in folgendem begründet. Beim Begehungsdelikt steht der

Entschluß am Anfang. Dann folgt seine Ausführung, die vom Täter immer weiter vorangetrieben wird. Beim Unterlassungsdelikt steht dagegen in der Regel am Anfang die Situation, die ein Eingreifen erforderlich macht. Dann folgt die Entscheidung des Täters, untätig zu bleiben[1]. Währenddessen entwickelt sich das Geschehen unabhängig vom Täter und drängt dem Erfolg entgegen. Die Bedeutung der einzelnen Phasen innerhalb dieses Geschehens ist objektiv und unabhängig von der Vorstellung des Täters bestimmbar. Es besteht daher beim Unterlassungsdelikt nicht in gleichem Maße das Bedürfnis, nach den Vorstellungen des Täters zu differenzieren und die Sinnhaftigkeit eines Geschehens von dieser Vorstellung her zu ermitteln. Im Einzelfall kann jedoch auch beim Unterlassungsdelikt diese Funktion der Formel, daß es auf die Vorstellung des Täters ankomme, von Bedeutung sein[2].

c. Zusammenfassung

Zusammengefaßt kann festgehalten werden, daß die Wendung, es komme beim Versuch auf die Vorstellung des Täters von der Tat an, beim Unterlassungsdelikt folgende Bedeutung hat: Sie ermöglicht die Bestrafung des untauglichen Versuchs. Sie weist auf das Vorsatzerfordernis hin. Sie ermöglicht differenzierte, den Vorstellungen des Täters angepaßte Lösungen und die Erfassung der Vorgänge in ihrer Sinnhaftigkeit.

2. Die Bedeutung der Formel "unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung"

Als Zeitpunkt des Versuchsbeginns nennt § 22 den, zu dem der Täter unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt. Um den Inhalt dieser Formel zu bestimmen, ist es notwendig, zunächst zu klären, was beim Unterlassungsdelikt als Tatbestandsverwirklichung anzusehen ist. Die Bedeutung der Bestimmung der Phase, die beim Unterlassungsdelikt als Tatbestandsverwirkli-

---

1) Das kann im Einzelfall anders sein. Etwa in dem bekannten Beispiel des Weichenstellers, der sich betrinkt, um später die Weiche nicht stellen zu können

2) Vgl. dazu unten S. 94 ff. und 99 ff.

chung anzusehen ist, folgt aus der Konzeption des § 22. Danach sind in der Abfolge des Geschehens zwei strafrechtlich relevante Phasen zu unterscheiden, nämlich Verhaltensweisen, mit denen unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt wird, und die Tatbestandsverwirklichung selbst. Mit dem Ansetzen beginnt der Versuch. Der Gesetzgeber hat aus sprachlichen Gründen darauf verzichtet, ausdrücklich hervorzuheben, daß auch die Tatbestandsverwirklichung selbst in Gestalt des Handlungsvollzuges als versuchsbegründend anzusehen ist[1]. Er ging davon aus, daß mit der Anordnung der Strafbarkeit vom Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens zur Tatbestandsverwirklichung der Anfangspunkt der Strafbarkeit markiert sei und daß die weitere Phase im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt zu werden brauche.
Diese beiden gedanklich zu sondernden Phasen beschreiben mithin den Versuchsbereich. Beide sind durch den Begriff der "Tatbestandsverwirklichung" inhaltlich bestimmt, die erste Phase zusätzlich durch den sich darauf beziehenden Begriff des "unmittelbaren Ansetzens". Die "Tatbestandsverwirklichung" ist somit der zentrale Begriff der untersuchten Wendung des Gesetzes.

a. Die Verwirklichung des Tatbestandes

Mit dem Begriff der "Tatbestandsverwirklichung" wird der Beurteilende auf die Verhaltensbeschreibung der konkret in Betracht kommenden Tatbestände des Besonderen Teils des StGB verwiesen. Es soll damit sichergestellt werden, daß nur solche Verhaltensweisen als Versuch beurteilt werden, die dem dort in Vollendungsform beschriebenen Verhalten nahekommen[2]. Damit dient auch dieser Ausdruck der mit der Gesetzesreform verfolgten Absicht, den Versuchsbereich

---

1) Zweiter Schriftlicher Bericht, BT-Drucksache V/4095, S. 11. Anders noch § 26 II des E 1962, wo es hieß, der Täter begehe einen Versuch durch solche Handlungen, "durch die der Täter mit der Verwirklichung des Tatbestandes beginnt oder unmittelbar dazu ansetzt."

2) MAURACH, AT, § 41 I B 4, S. 499; BAUMANN, AT, § 33 IV 1, S. 513 f. BECHER, Diss., S. 27 f.

einzugrenzen und zu konturieren.
Während aber beim Begehungsdelikt - abgesehen von der sogleich zu erörternden Schwierigkeit - wegen der der Handlung eigenen Plastizität relativ sicher gesagt werden kann, ob ein konkretes Verhalten dem im Besonderen Teil beschriebenen entspricht, ist dies beim Unterlassungsdelikt nicht einfach. In dem äußerlich gleichförmigen Unterlassen ist nicht ohne weiteres eine Phase auszumachen, die den in den Tatbeständen des Besonderen Teils beschriebenen Verhaltensweisen entspricht.
Ein bedeutsamer Abschnitt in dem Verhalten des Untätigen ist das Verstreichenlassen der letzten oder der vom Täter als letzten angesehenen Möglichkeit zur Erfolgsabwendung. Dieser Zeitpunkt ist relativ sicher zu bestimmen und kommt als Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung beim Unterlassungsdelikt in Betracht.
Ein anderer, ebenfalls sicher bestimmbarer Zeitpunkt, der als Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 22 angesehen werden kann, ist der des Erfolgseintritts. Das Wort "Tatbestandsverwirklichung" ist zweideutig; es kann sowohl das auf den Erfolg abzielende Verhalten, als auch dessen Ergebnis, den Erfolg, bezeichnen. Mit dem Wortsinn ist also die erwogene Auslegung vereinbar. Es ist aber fraglich, ob dies den Intentionen des Gesetzgebers und der dem § 22 zugrundeliegenden Konzeption entsprechen würde. Beim Begehungsdelikt taucht das gleiche Problem auf. Dort wird es zutreffend dahingehend gelöst, daß mit dem Begriff der Tatbestandsverwirklichung der der Tatbestandsbeschreibung entsprechende Handlungsvollzug und nicht der Erfolg gemeint ist[1]. Daß dies der Absicht des Gesetzgebers entspricht, ergibt sich aus der schon erörterten Konstruktion des § 22. Der Gesetzgeber wollte mit dem Begriff der Tatbestandsverwirklichung eine Phase erfassen, die dem entspricht, was die früher vertretene formal-objektive Versuchslehre als Versuch ansah[2]. Diese Intention des Gesetzgebers hat sich auch im Wortlaut niedergeschlagen.

---

1) Vgl. dazu BECHER, Diss., S. 28 ff.
2) Zweiter Schriftlicher Bericht, BT-Drucksache V/4095, S. 11

Ansetzen kann man nur zu einem Verhalten, nicht zu einem Ereignis[1].

Eine andere Auslegung würde den Versuchsbereich beim Begehungsdelikt über das Maß hinaus einschränken, das dem Gesetzgeber vorschwebte. Als unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung könnte von dem Ausgangspunkt, daß als Tatbestandsverwirklichung der Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs anzusehen ist, nur das Verhalten unmittelbar vor dem Erfolgseintritt angesehen werden. Das liefe im Ergebnis auf eine Übernahme der formal-objektiven Versuchslehre hinaus, da in den meisten Fällen nur der tatbestandsmäßig beschriebene Handlungsablauf unmittelbar dem Erfolgseintritt vorangeht. Eine Bestätigung der formal-objektiven Versuchslehre, die seit langem als zu eng abgelehnt wird, wollte der Gesetzgeber aber mit der Reform nicht erreichen.

Beim Begehungsdelikt ist also der in den Tatbeständen des Besonderen Teils beschriebene Handlungsablauf als Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 22 anzusehen. Beim Totschlag ist also nicht der Erfolg, der Tod des Opfers, die Verwirklichung des Tatbestandes im Sinne des § 22, vielmehr ist mit diesem Begriff die Tötungshandlung gemeint.

Es liegt nun nahe, dieses Ergebnis auf das Unterlassungsdelikt zu übertragen. Gerade an dieser Stelle zeigt sich aber, daß der § 22 mit Blick auf die Begehungsdelikte konzipiert wurde. Eine Übernahme des dort als richtig Erkannten ist nicht ohne Schwierigkeiten möglich.

Die oben erwogene Möglichkeit, nur das Verstreichenlassen der letzten oder der vermeintlich letzten Abwendungsmöglichkeit als Tatbestandsverwirklichung anzusehen, muß nach dem Gesagten als zu eng verworfen werden. Mit diesem Verhalten ist zwar der Tatbestand im Sinn des § 22 verwirklicht. Es ist aber weiter zu fragen, ob dies nicht schon vorher der Fall ist oder wenigstens sein kann. Innerhalb des unstrukturierten Verhaltens vor dem Verstreichenlassen der letzten Eingriffsmöglichkeit ist an den Zeitpunkt zu denken, von dem an der Täter mehr als ursprünglich tun muß, um den Erfolg abzuwenden. Dieser Zeitpunkt ist aber als Abgrenzungskriterium für die Tatbestandsverwirklichung ungeeignet. Das zeigen allein die Fälle

---

1) BECHER, Diss., S. 30

wie der des Weichenstellers, der es unterläßt, die Weiche zu stellen, um dadurch ein Zugunglück mit Toten herbeizuführen. Hier wird von dem Täter immer die gleiche Handlung verlangt. Die erörterte Zäsur fehlt also. Für eine generelle Beschreibung der Tatbestandsverwirklichung erscheint also dieses Kriterium ungeeignet. Damit ist freilich nicht gesagt, daß dieser Zeitpunkt im Rahmen der Versuchsbestimmung bedeutungslos ist. Möglicherweise kann er zur Ausfüllung des Begriffs "Ansetzen" oder zur Grenzziehung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch herangezogen werden.

Eine Möglichkeit, schon vor dem Verstreichenlassen der letzten Abwendungsmöglichkeit einen Versuch unter dem Gesichtspunkt der Tatbestandsverwirklichung anzunehmen, ergibt sich dort, wo das vom Täter zu schützende Rechtsgut durch das von ihm in seinen Auswirkungen abzuwendende Geschehen schon materiell beeinträchtigt wird. Das ergibt eine sinnentsprechende Übertragung der beim Begehungsdelikt geltenden Grundsätze auf das Unterlassungsdelikt. Als Beispiel möge der Mutter-Kind-Fall[1)] dienen. Hier führt das von der Mutter abzuwendende Geschehen von einem bestimmten Zeitpunkt an zu körperlichen Beeinträchtigungen beim Kind, die die Qualität einer Körperverletzung aufweisen. Anders als etwa im Streckenwärterfall[2)] trifft hier das abzuwendende Geschehen das Schutzgut nicht erst in dem Moment, wo sogleich der Erfolg eintritt und damit das Delikt vollendet ist, sondern führt schon früher zu einer Schädigung, die sich gleichsam in dem Schutzgut weiter entwickelt und intensiviert. Hier ist es gerechtfertigt, schon von einer Tatbestandsverwirklichung zu sprechen, wenn die bereits eingetretene Beeinträchtigung die Vorstufe des abzuwendenden Enderfolges ist. Im Sinne der formal-objektiven Versuchslehre, die nach dem Gesagten zur Ausfüllung des Begriffs "Tatbestandsverwirklichung" herangezogen werden kann, kann im Mutter-Kind-Fall gesagt werden, die Mutter sei schon im Begriff zu töten, wenn das Hungern zu einer als Körperverletzung zu wertenden Beeinträchtigung des Kindes führt. Diese Wertung entspricht der Ansicht zu vergleichbaren Konstellationen beim Begehungsdelikt. Dort wird angenommen, der Täter verwirkliche schon den Tatbestand,

---

1) Vgl. oben S. 9

2) Vgl. oben S. 45

wenn er die Integrität des Schutzguts beeinträchtigt[1]. So wird etwa im Fall einer Tötung durch Beibringen mehrerer Giftgaben, ein Versuch unter dem Gesichtspunkt des Beginns der Tatbestandsverwirklichung mit der ersten gesundheitsschädlichen Giftgabe bejaht[2].
Damit ist eine Konkretisierung des Begriffs "Tatbestandsverwirklichung" beschränkt auf bestimmte Konstellationen gelungen. Es bleibt aber die Frage, ob nicht darüber hinaus noch ein weiterer Bereich des Unterlassens als Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 22 angesehen werden kann. Nach dem Gesagten ist nur die Möglichkeit zu erwägen, den gesamten Bereich des Unterlassens als Tatbestandsverwirklichung in diesem Sinne zu betrachten.

Dagegen sprechen aber mehrere Gründe. Zum einen würde dies nicht der aufgezeigten Systematik des § 22 entsprechen. Bei dieser Betrachtungsweise wäre für die Ansatzphase kein Raum mehr, da der gesamte Bereich durch die Phase der Tatbestandsverwirklichung abgedeckt wäre. Dieses Argument mag nicht zwingend sein, weil § 22 eben nicht auf die Besonderheiten des Unterlassungsdelikts zugeschnitten ist. Es ist aber zu bedenken, daß bei dieser Betrachtungsweise irgendwelche Differenzierungen innerhalb des Unterlassens nicht mehr getroffen werden können, da mit der begrifflichen Einordnung feststünde, daß vom Beginn des Untätigseins ein Versuch vorliegt. Es erscheint aber nicht richtig, dieses - möglicherweise zutreffende[3] - Ergebnis durch eine Begriffswahl zu präjudizieren, ohne daß bei dieser Begriffwahl die sachliche Angemessenheit des Ergebnisses überprüft würde. Der Anschein spricht gegen die Richtigkeit dieser Begriffswahl, da eine so verstandene Tatbestandsverwirklichung nichts mit der der formalobjektiven Versuchslehre zu tun hat, die dem Gesetzgeber bei

---

1) BECHER, Diss., 4 S. 29

2) MEZGER-BLEI, AT, § 75 I, S. 249 f.; KLEE, Dt. Strafrecht 1934,285. Vgl. auch WESSELS, AT, § 14 II 2, S. 109, der bei körperlicher Einwirkung auf das Opfer eine Teilverwirklichung des Tatbestandes bejaht

3) HERZBERG, MDR 1973, 90 ff.

der Wahl dieses Begriffs vorgeschwebt hat. Wenn das Ergebnis, das durch diese Begriffswahl festgelegt würde - Beginn des Versuchs mit dem Beginn der Untätigkeit - als richtig angesehen wird, kann es mit Hilfe der Ansatzformel auch ohne eine solche Festlegung möglicherweise erreicht werden[1]. Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 22 ist also nicht das ganze dem Erfolgseintritt vorangehende Unterlassen des zum Eingreifen Verpflichteten.
Weitere Zäsuren innerhalb des Unterlassens, die als Tatbestandsverwirklichung betrachtet werden können, sind nicht ersichtlich. Im folgenden wird unter diesem Begriff daher verstanden das Unterlassen der letzten oder vermeintlich letzten Eingriffsmöglichkeit und das Unterlassen einer Handlung, die eine auf den Enderfolg abzielende Beeinträchtigung des Schutzgutes abwenden würde.

b. Unmittelbares Ansetzen

Nunmehr soll der Begriff des unmittelbaren Ansetzens untersucht werden. Dabei ist vorläufig nur zu ermitteln, was dieser Wendung als Leitlinie für die Bestimmung des Versuchsbeginns entnommen werden kann.

aa. Die begrenzte Tauglichkeit der Wendung beim Unterlassen

Dabei fällt sofort auf, daß auch diese Formulierung auf eine aktive Verhaltensweise zugeschnitten ist. Schon rein sprachlich bezeichnet "Ansetzen" ein aktives Verhalten, mit dem die Verwirklichung eines vorhandenen Plans begonnen wird. Wann man durch Unterlassen ansetzt, ist dagegen nicht primär von der Planung des Täters, sondern von der Entwicklung der einem schädlichen Erfolg zustrebenden Kausalreihe her bestimmbar. Immerhin läßt sich das unmittelbare Ansetzen auch in einer auf das Unterlassen passenden Weise definieren. So sagt Jescheck, unmittelbares Ansetzen sei die zeitlich un-

1) Auch HERZBERG, MDR 1973, 90 ff. begründet seine Ansicht damit, daß der Untätige mit dem ersten Unterlassen zur Tatbestandsverwirklichung ansetze

mittelbar der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals vorangehende Phase[1]. Dennoch ist auch diese neutral erscheinende Definition nicht ganz bedenkenfrei. Vertritt man mit Herzberg die Ansicht, der Versuch des Unterlassungsdelikts beginne mit dem Verstreichenlassen der ersten Eingriffsmöglichkeit, so steht dies unter Umständen in Widerspruch mit dieser Formel. Denn von einer unmittelbaren zeitlichen Nähe kann hier nicht immer die Rede sein. Um auch hier nicht das Ergebnis schon durch eine Begriffswahl zu präjudizieren, ist es vorerst erforderlich, Jeschecks Formel dahin zu erweitern, daß außer der zeitlichen auch eine anders begründete Nähe zur Tatbestandsverwirklichung möglicherweise als unmittelbares Ansetzen im Sinne des § 22 angesehen werden kann. Bei der Ermittlung anderer, äquivalenter Kriterien kann das Kriterium der zeitlichen Nähe, dessen Tauglichkeit bei den Begehungsdelikten erwiesen ist[2], zum Vergleich herangezogen werden. Dazu ist es erforderlich, zu ermitteln, warum die zeitliche Nähe bestimmter Verhaltensweisen zur Tatbestandsverwirklichung die Bestrafung rechtfertigt. Ist das geschehen, kann diese Ratio auch bei der Ermittlung anderer Kriterien herangezogen werden.

bb. Die Ratio der Wendung vom "unmittelbaren Ansetzen"

Es liegt nahe, die Bedeutung der zeitlich tatbestandsnahen Verhaltensweisen mit ihrer erhöhten Gefährlichkeit für das angegriffene Rechtsgut zu erklären. Dann wäre der Gesichtspunkt der Gefährdung die gesuchte Richtschnur für die Auslegung des Begriffs "unmittelbares Ansetzen."
Der Begriff der Gefahr ist schon seit jeher in der Diskussion um die Versuchslehre von Bedeutung gewesen. In einer rein subjektiven Versuchslehre spielt der Gefahrgedanke allerdings nur insofern eine Rolle, als sich danach im Versuch die Gefährlichkeit des Täters gegenüber den Anforderungen der Rechtsordnung dokumentiert. § 22 stellt dagegen nicht auf die so verstandene Gefährlichkeit des Täters, sondern auf die von ihm ausgehende Gefährdung des angegriffenen

---

1) JESCHECK, AT, § 49 IV 3 c, S. 392; ähnlich LK (Busch), StGB, § 43 Rdnr. 68; BECHER, Diss., S. 50

2) BECHER, Diss., S. 34 ff.; HEINITZ, JR 1956,248

Rechtsguts ab. Insofern enthält § 22 ein Element objektiver Versuchslehren. Der Wechsel des Bezugs von der Rechtsordnung zum Rechtsgut führt dazu, daß im Rahmen des § 22 die Gefahr in einem konkreteren Sinn als bei einer rein subjektiven Versuchslehre relevant ist. Mit dem unmittelbaren Ansetzen ist die erhöhte Gefahr gegeben, daß das im jeweiligen Tatbestand beschriebene Verhalten und damit der Eingriff in den geschützten Rechtskreis verwirklicht wird. In diesem Sinn hat der Gefahrgedanke auch im neueren Schrifttum unter grundsätzlicher Beibehaltung des subjektiven Ausgangspunkts Anerkennung gefunden[1]. Dem naheliegenden Einwand, daß das Abstellen auf eine konkrete Gefährdung beim untauglichen Versuch versagen müsse, wird dadurch Rechnung getragen, daß die Beurteilung auf der Basis der Tätervorstellungen erfolgt. Darin liegt die Verschmelzung objektiver und subjektiver Elemente in der modernen Versuchslehre, die durch § 22 kodifiziert worden ist.
Die Einsicht, daß in der modernen Versuchslehre der Gefährdungsgedanke von Bedeutung ist, besagt aber nicht, daß hiermit ein zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch geeignetes Kriterium zur Verfügung steht. Dagegen wird eingewendet, der Begriff der Gefährdung sei zu unbestimmt, um als Abgrenzungskriterium zu taugen[2]. In der Tat ist es, wie die Geschichte der objektiven Versuchslehren zeigt, kaum möglich, stringent zu begründen, welcher Grad von Gefahr zur Annahme eines Versuchs ausreichen soll[3]. Selbst wenn dies gelingen sollte, würde die Feststellung, wie gefährlich das Verhalten des Täters im konkreten Fall war, zu unüberwindlichen Schwierigkeiten führen. Die Bestimmung des relevanten Gefahrgrads ist nur möglich durch den Rückgriff auf andere Kriterien[4]. Das

---

1) ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 213 ff. und JuS 1973, 329 f.; SCHMIDHÄUSER, AT, 15/61 f., S. 492; SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 43 Rdnr. 10 ff.

2) STRATENWERTH, AT, Rdnr. 700 f.; JESCHECK, AT, § 49 IV 3 c, S. 392; BECHER, Diss., S. 43 ff.

3) Vgl. insbesondere SPENDEL, Festschrift-Stock, S. 89 ff., dessen Beispiele nicht frei von Willkür sind. Vgl. dazu BECHER, Diss., S. 44 f.

4) STRATENWERTH, AT, Rdnr. 701

Gesetz greift in § 22 auf den Begriff der Unmittelbarkeit zurück, der damit im Vordergrund steht. Ihm liegt zwar der Gesichtspunkt der Gefährdung des angegriffenen Rechtsguts zugrunde, er ist aber selbst als Kriterium zu unbestimmt.
Den Kritikern der Verwendung des Gefahrbegriffs ist also zuzugeben, daß er isoliert zur Abgrenzung untauglich ist. Die Befürworter haben insofern recht, als dem Beginn des unmittelbaren Ansetzens durchaus die Vorstellung zugrundeliegt, nunmehr sei - wenigstens aus der Sicht des Täters - eine erhöhte, akute Gefährdung des Rechtsguts gegeben.
Die Phase des "unmittelbaren Ansetzens" ist demnach dadurch gekennzeichnet, daß sie entweder der Tatbestandsverwirklichung unmittelbar zeitlich vorangeht oder mit ihr derart eng verknüpft ist, daß zumindest aus der Sicht des Täters die nahe Gefahr der Tatbestandsverwirklichung besteht. Bei dieser noch offenen Bestimmung soll es vorerst bewenden. Bei der Erörterung einzelner Fallgruppen wird es dann um die Ausfüllung dieser Formel gehen.

c. Ansetzen als finaler Begriff

Von Herzberg ist das Ansetzen als ein finaler Begriff bezeichnet worden[1]. Er will sagen, daß niemand zur Tatbestandsverwirklichung ansetzen könne, ohne sich dessen bewußt zu sein. Damit ist also etwas anderes gemeint als die allgemein anerkannte finale Natur des Versuchs, die darin liegt, daß der Täter mehr erstrebt als er verwirklicht[2]. Nach Herzbergs Ansicht läge also mangels Ansetzens kein Versuch vor, wenn sich der Täter des Geschehens, das objektiv als Beginn des Versuchs erscheint, nicht bewußt ist.[3]
Dieses Ergebnis mag durchaus richtig sein. Es ist aber fraglich, ob es aus der behaupteten finalen Natur des Ansetzens folgt. Das gleiche Ergebnis läßt sich begründen, indem man sagt, der Täter, der bei der Verwirklichung seines Planes die durch das Ansetzen objektiv markierte Phase erreiche, ohne

1) HERZBERG, MDR 1973, 93
2) Vgl. dazu GALLAS, ZStW 67 (1955), 33
3) Die damit angesprochenen Fälle werden unten S. 142 ff. behandelt

sich dessen bewußt zu sein, setze zwar (objektiv) an, dies aber unvorsätzlich. Die Folge dieser Argumentation wäre es, daß alle Fragen, die sich daraus ergeben, daß der Täter die Akte, aus denen objektiv der Anfang der Ausführung geschlossen wird, nicht bewußt verwirklicht, als Vorsatzfragen diskutiert werden können und nicht mit dem Vorliegen eines objektiven Tatbestandsmerkmals des Versuchs vermengt werden. Auch für diese Ansicht bleibt die Planung des Täters wichtig. Nur wenn man sie kennt, kann entschieden werden, ob ein objektiv unauffälliges oder ambivalentes Verhalten als Ansetzen zur Verwirklichung eines Tatbestandes gewertet werden kann. Darüber hinaus setzt die Zurechnung dieses Verhaltens auch nach dieser Ansicht voraus, daß es willensgetragen ist. Mit der Ablehnung der von Herzberg vorgeschlagenen Deutung des Ansetzens als finalem Begriff ist es somit gleichwohl verträglich, den Versuch nur von der Vorstellung des Täters her zu erklären und abzugrenzen.

In diesem Sinne ist auch von Weber, der erstmals den Begriff der "finalen Tätigkeitsworte" in die Diskussion eingeführt hat, zu verstehen. Er sagte, das Verhalten, das mit Strafe bedroht werde, werde begrifflich durch Zurückgehen auf den Willen des Täters erfaßt. Der Willensinhalt kennzeichne das Verhalten als tatbestandsmäßig[1].

Sachlich ist der Unterschied zwischen den beiden Ansichten nicht bedeutend. Die eine sagt, wenn das objektiv den Versuchsbeginn markierende Verhalten unbewußt verwirklicht werde, liege kein Ansetzen vor, die andere, es liege kein vorsätzliches Ansetzen vor. Dennoch erscheint die zweite Ansicht vorzugswürdig, weil sie es ermöglicht, die Vorsatzfrage als solche zu behandeln, und sie nicht untrennbar mit der Frage der Bestimmung des objektiven Ansetzens verquickt. Das Ansetzen ist ein vorwiegend objektives Merkmal, dessen Würdigung freilich nur auf der Grundlage des Täterplans möglich ist.

Die Redeweise vom Ansetzen als einem finalen Begriff hat demnach keinen über das Vorsatzerfordernis und die Notwendigkeit des Zurückgehens auf den Täterplan hinausgehenden Sinn.

---

1) V. WEBER, Aufbau, S. 10. Im gleichen Sinn ist auch GALLAS, ZStW 67 (1955), 33 zu verstehen

III. Zusammenfassung

Dem § 22 kann für die Frage nach dem Beginn des Versuchs beim unechten Unterlassungsdelikt folgendes entnommen werden: § 22 enthält keine ausdrückliche Regelung dieser Frage, er ist vielmehr auf den Versuch des Begehungstäters zugeschnitten. In § 22 wird eine Versuchslehre kodifiziert, die subjektive und objektive Elemente vereinigt. Objektiv, aber auf der Grundlage der Vorstellung des Täters, ist der Versuchsbeginn zu bestimmen. Der besonders in der Rechtsprechung zutage getretenen Tendenz, den Bereich des Versuchs auszuweiten, tritt § 22 entgegen. Als Versuch kann danach nur ein Verhalten angesehen werden, durch das der Täter schon mit der Verwirklichung des im Tatbestand beschriebenen Verhaltens beginnt oder das unmittelbar und eng mit der Tatbestandsverwirklichung verknüpft ist.

B. Erörterung einzelner Vorschläge zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt

Nachdem nunmehr die Grundlagen des § 22 dargelegt worden sind, sollen die heute vertretenen Vorschläge zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch daraufhin untersucht werden, ob sie auf der Grundlage des skizzierten Verständnisses des § 22 als zutreffend erscheinen.

I. Baumann, Maurach

Baumann sagt, der Versuch des Unterlassungsdelikts beginne mit der die Garantenpflicht verletzenden Untätigkeit[1]. Ähnlich drückt sich Maurach aus[2]. Diese Formulierungen führen nicht weiter. Mit ihnen wird die Frage nicht gelöst, sondern nur in anderer Form gestellt[3].

---

1) BAUMANN, AT, § 33 I 3, S. 504
2) MAURACH, AT, § 41 II 2, S. 502 f.
3) HERZBERG, MDR 1973,91

II. Grünwald

1. Darstellung der Lehre Grünwalds

Grünwald geht von der These aus, daß weder eine unmittelbare noch eine entsprechende Anwendung des Merkmals "Anfang der Ausführung" (§ 43 I a.F.) beim Unterlassungsdelikt möglich sei[1]. Dies begründet er damit, daß sich die Unterlassung nicht in einzelne, aufeinander aufbauende Phasen zergliedern lasse. Diese Überlegung ist unabhängig vom Wortlaut des § 43 a.F. und daher auch heute noch zu berücksichtigen.
Wegen dieser Unmöglichkeit unmittelbarer oder entsprechender Anwendung des beim Begehungsversuch maßgeblichen Merkmals auf den Versuch des Unterlassungsdelikts fragt Grünwald nach der Funktion, die das Merkmal "Anfang der Ausführung" bei den Begehungsdelikten hat, um dann beim Unterlassungsdelikt Abgrenzungsmerkmale zu suchen, die die gleiche Funktion haben. Bei der Suche nach dieser Funktion legt Grünwald eine subjektive Versuchslehre zugrunde. Das führt ihn zu der Annahme, daß durch das Merkmal des Anfangs der Ausführung beim Begehungsdelikt diejenigen Handlungen markiert werden, "die bereits das Höchstmaß der zur Begehung des Delikts erforderlichen verbrecherischen Energie enthalten[2]." Der unbeendete Versuch liege beim Begehungsdelikt vor, wenn es keiner Steigerung der Verbrechensenergie mehr bedürfe.
Daneben unterscheidet Grünwald zwei weitere Zäsuren: Zum einen den Zeitpunkt, zu dem die gesamte Energie aufgebracht ist, die erforderlich ist, um die zur Vollendung nötigen Akte vorzunehmen. Mit diesem Zeitpunkt soll der Versuch beendet sein. Zum anderen nennt er den Zeitpunkt, zu dem auch diejenige Energie aufgewendet ist, die erforderlich ist, um die nachträgliche Abwendung des Erfolgs zu unterlassen. Dieser Zeitpunkt entspricht dem beendeten Versuch nach Verstreichenlassen der letzten Möglichkeit zu tätiger Reue.

---

1) GRÜNWALD, JZ 1959, 46 ff.
2) GRÜNWALD, JZ 1959, 47

Auf dieser Grundlage bestimmt Grünwald sodann die Stadien des Versuchs beim Unterlassungsdelikt. Dabei fragt er, wann beim Unterlassungsdelikt das gleiche Maß an verbrecherischer Energie aufgebracht ist wie bei den genannten Stadien des Begehungsdelikts und überträgt sodann die dort gefundene Wertung auf das Unterlassungsdelikt.
Die Entsprechung zum beendeten Versuch nach Verstreichenlassen der letzten Möglichkeit zu tätiger Reue ist am leichtesten aufzufinden. Dies ist beim Unterlassungsdelikt das Nichtergreifen der letzten oder vermeintlich letzten Handlungsmöglichkeit. Hier, so meint Grünwald, liege auch beim Unterlassungsdelikt ein beendeter Versuch vor.
Sodann fragt er, ob auch schon vorher ein Versuch vorliegen könne. Das kann er nur bejahen, wenn schon vor diesem Zeitpunkt der Täter das Höchstmaß an Energie aufgebracht hat, d.h. wenn es keiner Energiesteigerung mehr bedarf, um weiterhin untätig zu bleiben. Grünwald meint, es könne nicht generell angenommen werden, daß der Täter dieses Höchstmaß an verbrecherischer Energie schon vor dem Verstreichen der letzten Handlungsmöglichkeit aufgebracht habe. Denn aus dem Untätigbleiben vor der letzten Handlungsmöglichkeit könne nicht geschlossen werden, daß der Täter auch weiterhin untätig bleiben wolle[1].
Als vorläufiges Ergebnis hält er darum fest: "Nicht etwa schon mit der ersten, sondern erst mit der letzten Möglichkeit, eine bestimmte erfolgsabwendende Handlung vorzunehmen, ist ein Versuch des Unterlassungsdelikts gegeben[2]." Dieser Satz soll aber nicht in den Fällen gelten, in denen es nach der Vorstellung des Täters ungewiß ist, ob die letzte Möglichkeit einzugreifen gekommen ist und in den Fällen, in denen mehrere Rettungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.
Bei der ersten dieser beiden Fallgruppen kommt Grünwald zu dem Ergebnis, daß ein beendeter Versuch vorliege, wenn es dem Unterlassenden ungewiß ist, ob eine Rettung später noch mög-

---

1) GRÜNWALD, JZ 1959, 48
2) GRÜNWALD, JZ 1959, 48

lich sein werde. Das soll allerdings wiederum nur dann gelten, wenn der Täter entschlossen ist, auch später nicht einzugreifen oder er die Möglichkeit in Kauf nimmt, später nicht mehr eingreifen zu können. Das Ergebnis der Betrachtung dieser und der zuerst behandelten Fallgruppe faßt Grünwald in dem Satz zusammen, daß ein beendeter Versuch vorliegt, wenn nach der Vorstellung des Untätigen die objektiv größte Erfolgschance ungenutzt geblieben ist[1]."

Schließlich wendet sich Grünwald den Fällen zu, in denen mit dem Zeitablauf jeweils ein intensiverer Eingriff nötig wird. Hier soll ein unbeendeter Versuch vorliegen, wenn der zum Handeln Berufene eine Möglichkeit ungenutzt gelassen hat, eine Handlung vorzunehmen, die ein geringes Maß an rechtlich positiver Energie erfordert. Denn, so meint Grünwald, daraus könne geschlossen werden, "daß er weitere mögliche Handlungen, zu deren Ausführung ein größeres Maß an rechtlich positiver Energie nötig wäre, ebenfalls seinem Entschluß gemäß unterlassen werde[2]." Dies soll jedoch nur gelten, wenn der Täter entschlossen ist, auch später untätig zu bleiben.

Eine Fallgruppe will Grünwald jedoch von dieser Behandlung ausnehmen und sie nach anderen Kriterien beurteilen. Es handelt sich um die Fälle, in denen mehrere gleichartige, aber zeitlich gebundene Handlungen vom Verpflichteten vorzunehmen sind. Paradigmatisch für diese Fallgruppe ist der Mutter-Kind-Fall. Grünwald meint, hier gelte seine anfangs referierte These von der Unmöglichkeit einer entsprechenden Anwendung des Merkmals "Anfang der Ausführung" (bzw. heute "Ansetzen") nicht. Denn hier liege wegen der aufeinander aufbauenden Unterlassungen eine Entsprechung zum Begehungsdelikt vor. Ein unbeendeter Versuch soll hier vorliegen, wenn der Täter das Höchstmaß an verbrecherischer Energie aufwenden muß, um sich dem äußeren Eindruck des Dahinsiechens zu verschließen. Das sei erst anzunehmen, wenn das Opfer wegen des Ausbleibens der

---

1) GRÜNWALD, JZ 1959, 48
2) GRÜNWALD, JZ 1959, 49

Hilfe erheblich zu leiden beginne[1]. Auch hier sei ein unbeendeter Versuch nur anzunehmen, wenn der Täter auch später nicht eingreifen wolle. Für die Beendigung dieses Versuchs soll das gleiche wie in den übrigen Fällen gelten.

2. Kritik

Grünwalds Theorie ist aus mehreren Gründen zu verwerfen. Seine Kriterien sind, wie er selbst feststellt, vage[2]. Wann ein Mensch ein bestimmtes Maß an verbrecherischer Energie aufbringt, entzieht sich naturgemäß der äußeren Erkennbarkeit. Sein Kriterium ist daher wenig praktikabel.
Abgesehen von dieser Schwierigkeit ist Grünwalds Ansicht dem Einwand ausgesetzt, daß sie zufällige Ergebnisse zeitigt, wenn sie konsequent durchgeführt wird. Sie fußt auf der nicht weiter überprüften Prämisse, die verbrecherische Energie steigere sich stetig bis zum Beginn des Versuchs. Das mag in einzelnen Fällen zutreffen. Aber es mag daneben auch Fälle geben, in denen der Täter das Höchstmaß an verbrecherischer Energie aufbringen muß, um sich zum Deliktsentschluß durchzuringen und das Delikt zu planen, während die folgenden Akte gleichsam automatisch ablaufen, es jedenfalls zu ihrer Ausführung "keiner Steigerung des verbrecherischen Willens zur Weiterführung bedarf." Von solchen Zufälligkeiten Unterschiede in der Bestrafung abhängig zu machen, ist schwerlich zutreffend. Insofern zeigt sich eine Parallele zu Bockelmanns Krisentheorie, die ähnlichen Einwänden ausgesetzt ist[3].
Will man diese Zufälligkeiten und die Schwierigkeit, individuell das Maß der verbrecherischen Energie zu ermitteln, vermeiden, so bleibt nur ein Weg. Man muß dann bestimmten Stadien der Deliktsverwirklichung typisierend ein bestimmtes Maß an verbrecherischer Energie zuordnen. Damit ist aber Grünwalds Ausgangspunkt aufgegeben. Denn als entscheidend erweisen sich damit letztlich doch die objektiven Stadien der Deliktsverwirklichung.

---

1) GRÜNWALD, JZ 1959, 49
2) GRÜNWALD, JZ 1959, 49
3) Vgl. dazu oben S. 48 f.

In einem weiteren Punkt ist Grünwald zu widersprechen. Er argumentiert, vor dem Verstreichenlassen der letzten Eingriffsmöglichkeit könne aus dem Verhalten des Täters nicht der Schluß gezogen werden, er werde die psychische Energie aufbringen, auch weiterhin untätig zu bleiben[1]. Hier verwechselt Grünwald die Erkennbarkeit des psychischen Sachverhalts mit seinem Vorliegen. Von seinem Ausgangspunkt her kann es aber nur auf das Vorliegen der nach seiner Ansicht erforderlichen Menge an psychischer Energie ankommen. Mit dieser Inkonsequenz beschreitet Grünwald freilich den gerade aufgezeigten Weg, die Zufälligkeiten, zu denen sein Ausgangspunkt führt, durch Abstellen auf objektive Kriterien zu vermeiden. Dies kann er aber, wie gesagt, nur um den Preis der Aufgabe eben dieses Ausgangspunkts.

Ein weiterer Punkt in Grünwalds Argumentation muß festgehalten werden. Er macht jeweils die Annahme eines Versuchs davon abhängig, daß der Täter nicht vorhat, später noch einzugreifen. Grünwald glaubt offenbar, nur bei dieser Vorstellung unterlasse der Täter vorsätzlich. Wenn er glaube, später noch handeln zu können, habe er noch keinen unbedingten Verbrechensentschluß gefaßt und verhalte sich deshalb (noch) unvorsätzlich. Der Schluß, dieser sogenannte "bedingte Vorsatz" sei nicht der zur Zurechnung und zur Versuchsbegründung erforderliche Vorsatz, trifft nicht zu. Arzt hat nachgewiesen, daß es sich dabei lediglich um einen Rücktrittsvorbehalt handelt, der den Vorsatz nicht ausschließt[2]. Daß dies richtig ist, zeigt ein Blick auf eine vergleichbare Situation beim Begehungsdelikt. Ein Dieb, der sich vorbehält, den Diebstahl nicht zu vollenden, wenn die Umstände sich ungünstig entwickeln oder wenn ihm ohne eine solche negative Entwicklung Gewissensbedenken kommen, begeht gleichwohl einen Versuch, wenn er das entsprechende Verhalten an den Tag legt. Er hat Diebstahlsvorsatz. Nicht anders ist es beim Unterlassungsdelikt.

---

1) Diese Argumentation ähnelt einer früher vertretenen Theorie, die die Strafbarkeit des Versuchs mit der "Präsumtion der Perfektionskraft" begründete. Vgl. dazu V. LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, S. 303

2) ARZT, JZ 1969, 54 ff.

Wollte man dies anders sehen, wäre Grünwalds Ansicht - und die meisten anderen auch - in der Praxis entwertet. Denn jeder gut beratene Täter würde vorbringen, er habe selbstverständlich später noch eingreifen wollen.
Grünwald ist hier den Gefahren seines Ausgangspunktes erlegen. Es läßt sich wohl sagen, ein Täter, der sich einen Rücktritt vorbehält, bringe noch nicht das Höchstmaß der verbrecherischen Energie auf. Dieses Kriterium ist aber, wie gesagt, verfehlt.
Neben diesen Bedenken, die die Praktikabilität und innere Folgerichtigkeit des Vorschlags von Grünwald betreffen, ist der Einwand zu erheben, daß er nicht in Übereinstimmung mit den oben herausgearbeiteten Grundlagen der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch steht. Schon Kaufmann hat bezweifelt, ob mit dem Abstellen auf das "Höchstmaß an verbrecherischer Energie" das richtige Kriterium für den Beginn des Versuchs getroffen sei[1]. Das ist in der Tat nicht der Fall. Das Merkmal des "Anfangs der Ausführung" bzw. des "unmittelbaren Ansetzens" bezeichnet, wie oben ausgeführt wurde, eine tatbestandsnahe Phase der Verwirklichung des Verbrechensentschlusses und hebt nicht auf das Maß der vom Täter in diesem Augenblick aufgebrachten Verbrechensenergie ab. Grünwalds Kriterien treffen daher nicht das für den Versuchsbeginn entscheidende Merkmal. Aus alledem ergibt sich, daß Grünwalds Vorschlag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch zu verwerfen ist. Dennoch verdienen einige seiner Gedanken festgehalten zu werden. Grünwald hat die tatsächliche Sonderstellung der Fälle hervorgehoben, bei denen mehrere aufeinander aufbauende Handlungen vom Verpflichteten verlangt werden. Weiterhin hat er betont, daß die Fälle, in denen der Täter nicht weiß, wann spätestens eingegriffen werden muß, möglicherweise anders zu behandeln sind als die, in denen die weitere Entwicklung des Geschehens überschaubar ist.

---

1) KAUFMANN, Dogmatik, S. 214 FN 286 a; so auch KUBACH, Diss., S. 40

III. Maihofer

1. Darstellung der Lehre Maihofers

Maihofer hebt den Zeitcharakter des Versuchs hervor[1]. Er sagt zutreffend, der Versuch beginne mit der konkreten Geltung des Verhaltensgebots. Diesen Anfangspunkt beschreibt er mit dem Begriff der "Unverzüglichkeit". Das Ende des Versuchs werde, so sagt Maihofer, durch den Begriff der "Rechtzeitigkeit" markiert. Von dem mit dem Begriff der Rechtzeitigkeit beschriebenen Zeitpunkt an sei der Versuch beendet. Noch rechtzeitig sei ein Handeln, wenn der zum Eingreifen Verpflichtete die letzte Eingriffsmögllicheit nutze[2]. Das Merkmal der Unverzüglichkeit definiert Maihofer nicht näher. Aus dem Zusammenhang seiner Ausführungen muß man ihn aber wohl so verstehen, daß damit der früheste Zeitpunkt gemeint ist, zu dem der Täter eingreifen kann, er dies weiß und es dennoch unterläßt.
Der Versuch liegt also nach Ansicht Maihofers zwischen diesen beiden Zeitpunkten. Mit dem Verstreichenlassen der ersten Handlungsmöglichkeit beginnt der Versuch. Bis zum Verstreichenlassen der letzten Eingriffsmöglichkeit ist der Versuch unbeendet, von diesem Zeitpunkt an ist er beendet.

2. Kritik

So richtig es ist, daß der Versuch mit dem Beginn der konkreten Geltung des Verhaltensgebots beginnt, so wenig ist mit dieser Feststellung gewonnen. Das ist schon mehrfach hervorgehoben worden. Es stellt sich sogleich die Frage, wann denn das konkrete Verhaltensgebot in Geltung tritt. Der Rückgriff auf den Begriff der Unverzüglichkeit bleibt solange eine Behauptung, wie nicht dargetan ist, aus welchen Gründen unmittelbar nach dem Entstehen der Gefahrsituation und der Kenntnisnahme des Täters davon ein Eingreifen bei Strafe geboten sein soll. Diesen Nachweis bleibt Maihofer indessen schuldig. Zweifellos kann man im Fall des Streckenwärters, den Maihofer heranzieht, sa-

---

1) MAIHOFER, GA 1958, 289 ff.
2) MAIHOFER, GA 1958, 294

gen, es sei ihm unverzüglich, nachdem er den Betrunkenen auf den Schienen gefunden hat, geboten, zu handeln. Wenn man aber meint, dieses Gebot sei auch sogleich strafbewehrt, bedarf es einer Begründung.
Insoweit hat Maihofer, wie Grünwald sagt, die Frage nicht beantwortet, sondern sie nur in anderer Form gestellt[1]. Auch Maihofers Lösung führt also letztlich nicht weiter.

IV. Kubach

1. Darstellung der Lehre Kubachs

Um eine genauere Beantwortung der Frage, wann die Pflicht zum Eingreifen beginnt, hat sich Kubach bemüht[2]. Er geht wie Maihofer von dem Begriff der "Unverzüglichkeit" aus, versucht aber diesen Begriff inhaltlich näher auszufüllen und seine Relevanz zu begründen. Kubach versteht sowohl die Handlung als auch die Unterlassung als In-den-Dienst-Nehmen von Kausalität[3]. Insofern unterscheide sich das Unterlassungsdelikt nicht grundlegend vom Begehungsdelikt; im einen Fall werde Fremd-, im anderen Eigenkausalität in den Dienst genommen. Zur Abgrenzung der Stadien des Versuchs beim Unterlassungsdelikt will Kubach demzufolge die beim Begehungsdelikt entwickelten Kriterien heranziehen, ohne sie jedoch schematisch zu übertragen[4]. Dabei unterscheidet er drei Einschnitte in dem Geschehen: Das Nichtvornehmen der unverzüglichen, der rechtzeitigen und der letzten Abwendungshandlung.
Da es in diesem Kapitel nur um die Frage geht, wann der Versuch beginnt, braucht Kubachs Ansicht nur bezüglich des Begriffs "unverzüglich" untersucht zu werden. Denn mit dem damit bezeichneten Zeitpunkt beginnt nach Kubachs Ansicht der Versuch.

---

1) GRÜNWALD, JZ 1959, 46 FN 5 a
2) KUBACH, Diss., S. 122 ff.
3) KUBACH, Diss., S. 136
4) KUBACH, Diss., S. 137

Kubach erkennt, daß mit der Berufung auf die "Unverzüglichkeit" nichts gewonnen ist, wenn nicht die Frage beantwortet wird, worauf sie sich bezieht[1]. Zur Lösung dieser Frage greift er auf seine "positive Betrachtung" der Unterlassung zurück. Sie erlaube es, das ablaufende Geschehen so anzusehen, als sei es vom Täter selbst bewirkt worden. Wäre es in diesem Fall bereits ein Versuch, dann sei auch für den Unterlassenden das Gebot mobilisiert[2]. Unverzüglich darauf habe er zu handeln. Unterlasse er das, so befinde er sich von diesem Zeitpunkt an im Stadium des unbeendeten Versuchs. Hieraus folgert er, daß z.B. immer dann ein Versuch beim Unterlassungsdelikt vorliegt, wenn in der von ihm zum Vergleich herangezogenen, gedachten aktiven Geschehen die Täteraktivität bereits beendet wäre. Denn er geht davon aus, daß beim Begehungsversuch mit Abschluß der Täteraktivität immer ein Versuch zu bejahen ist.

2. Kritik

Die Richtigkeit der Lösung Kubachs ist weitgehend davon abhängig, ob bei der von ihm herangezogenen Vergleichssituation der Versuch richtig bestimmt wird. In dem Fall abgeschlossener Täteraktivität entspricht es zwar wohl der herrschenden Meinung, daß ein Begehungsversuch vorliegt. Dies ist aber keineswegs unbezweifelt. Roxin hat für diese Fallgruppe die These aufgestellt, daß mit dem Ende der Täteraktivität noch nicht notwendig ein Versuch des Begehungsdelikts vorliegt[3]. Wenn sich das als richtig herausstellt, sind damit auch Kubachs Ergebnisse hinfällig, soweit in den von ihm herangezogenen Vergleichsfällen die Aktivität beendet wäre.
Abgesehen von diesem Einwand erscheint Kubachs Lösungsansatz als nicht unproblematisch. Er versagt in den Fällen, in denen keine oder mehrere verschieden zu bewertende Vergleichsaktivitäten des Täters denkbar sind.

---

1) KUBACH, Diss., S. 142
2) KUBACH, Diss., S. 142 f.
3) ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 213 ff.

In folgendem Fall ist etwa eine Vergleichshandlung, die zur Ausfüllung des Begriffs unverzüglich dient, nur schwer vorstellbar:

> A ist Garant für das Leben des B. Bei B verschlimmert sich ein angeborenes Leiden so, daß ärztliche Hilfe zur Lebensrettung herbeigeholt werden muß. A unterläßt dies.

Wie soll man sich hier das vergleichbare aktive Tun vorstellen? Soll man darauf abstellen, daß A dem B das Leiden beigebracht hat? Selbst wenn man einmal davon absieht, daß dies unter Umständen medizinisch gar nicht möglich ist, sondern nur darauf abstellt, daß ein gleicher Grad an Lebensgefährdung wie in der zu beurteilenden Unterlassungssituation durch eine beliebige Handlung herbeigeführt worden sein soll, bleiben eben verschiedene Möglichkeiten einer solchen Aktivität denkbar. In dem Beispiel etwa ist es möglich, daß A das Leiden durch eine schon lange Zeit andauernde Zufuhr von Gift oder auch durch eine gerade beigebrachte massive Giftdosis verursacht hat. Hier zeigt sich, daß Kubach mit dem Abstellen auf eine vergleichbare Aktivität einen Umweg macht. Auf diese Aktivität kommt es letztlich gar nicht an. Der Vergleich dient ihm nur dazu, den Grad der Beeinträchtigung oder Bedrohung aufzufinden, der das Urteil rechtfertigt, nunmehr liege ein Versuch vor. Kubach verkennt nicht, daß die Beurteilung seiner Vergleichsfälle nur ein Hilfsmittel ist, um das unmittelbar Relevante, nämlich den objektiv maßgeblichen Grad der Beeinträchtigung bzw. Bedrohung des in Frage stehenden Rechtsgutes zu ermitteln. Er sagt, dieser Grad an Gefährdung des Rechtsgutes müsse die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch unabhängig davon markieren, ob der Täter handle oder unterlasse. Das stimmt mit dem hier vertretenen Standpunkt, daß der maßgebliche Zeitpunkt objektiv unter Zugrundelegung des Täterplans zu bestimmen ist, überein. Zu kritisieren bleibt an Kubachs Lösung nur, daß er die Lösungen, die beim Versuch des Begehungsdelikts erzielt werden, ungeprüft übernimmt. Das wirkt sich gerade in den beim Unterlassungsdelikt problematischen Fällen aus. Es sei hier nur noch einmal auf die Begehungsfälle verwiesen, bei denen nach dem Abschluß der Täteraktivität eine längere Phase ohne Gefahrsteigerung liegt.

Festzuhalten ist, daß Kubach zu Recht auf einen zu bestimmenden Grad der Beeinträchtigung oder Bedrohung des Rechtsguts abstellt. Er verzichtet allerdings darauf, hierfür Kriterien aufzustellen, sondern übernimmt ungeprüft die Ergebnisse, die beim Begehungsdelikt erzielt werden.

V. Schröder

1. Darstellung der Lehre Schröders

Schröder räumte dem Gefahrgedanken bei der Bestimmung des Versuchsbeginns beim Unterlassungsdelikt breiten Raum ein. Er unterschied zwischen folgenden Fallgruppen:

1. Die akute Gefahr ist erst für einen späteren Zeitpunkt zu erwarten. Bis dahin hat jedes Eingreifen die gleiche Erfolgsaussicht.

In den dieser Fallgruppe zuzuordnenden Fällen soll ein Versuch nach Schröders Ansicht erst mit dem Akutwerden der Gefahr einsetzen[1].

2. Zur Herbeiführung des Erfolges ist eine längere Zeit andauernde Unterlassung erforderlich.

Als Beispiel für diese Kategorie nannte Schröder den Fall eines Tauchergehilfen, der auf ein Signal hin die Sauerstoffzufuhr in Gang zu setzen hat und dies nicht tut. Hier soll ein Versuch im ersten Moment der Untätigkeit vorliegen[2].

3. Der Täter hat bis zum Eintritt des Erfolgs verschiedene Eingriffsmöglichkeiten.

Hier nahm Schröder einen Versuch an, wenn der Täter die erste Rettungsmöglichkeit nicht ergreift, sofern dadurch die Gefahr für das Rechtsgut erhöht wird[3].

2. Kritik

Kritisch ist zu Schröders Ausführungen anzumerken, daß sie als nicht widerspruchsfrei erscheinen. In der Fallgruppe 1)

---

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, Rdnr. 10 vor § 43
2) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, Rdnr. 12 vor § 43
3) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, Rdnr. 14 vor § 43

stellte er auf das Kriterium des Akutwerdens der Gefahr ab. Für relevant sah er also einen bestimmten Gefahrgrad an. In der Fallgruppe 3) soll dagegen eine Gefahrerhöhung ausreichen, ohne daß es darauf ankäme, ob durch diese Gefahrerhöhung ein bestimmter Gefahrgrad erreicht wird. Danach wäre in der Fallgruppe 3) ein Versuch auch zu bejahen, wenn die durch das Verstreichenlassen der ersten Rettungsmöglichkeit bewirkte Gefahrerhöhung gering ist und die erreichte Gefährdung des Rechtsguts bei weitem nicht akut ist. Es ist aus Schröders Ausführungen nicht erkennbar, wie eine solche ungleiche Behandlung dieser beiden Fallgruppen begründet werden soll. Weiterhin ist nicht erkennbar, inwiefern sich die zweite Fallgruppe von der ersten unterscheidet. Als Beispiel für die erste Fallgruppe kann der Fall des Streckenwärters herangezogen werden, der einige Zeit vor dem Passieren des nächsten Zuges einen Betrunkenen auf den Schienen findet. Auch hier gilt, was Schröder als Kennzeichen der zweiten Fallgruppe nannte: der Streckenwärter muß nämlich längere Zeit unterlassen. Bei der Behandlung der zweiten Fallgruppe erwähnte Schröder den Gesichtspunkt der Gefahr überhaupt nicht. Zusammenfassend kann gesagt werden, daß Schröders Konzeption einen einheitlichen Maßstab vermissen läßt. Es wird nicht deutlich, warum es einmal auf das Akutwerden der Gefahr, ein anderes Mal auf eine bloße Gefahrerhöhung ankommen soll.

VI. Roxin

Darstellung der Lehre Roxins

Eine eingehende Untersuchung des Problems hat in jüngster Zeit Roxin vorgelegt. Er kommt dabei zu einem von den bisherigen Lösungsversuchen abweichenden Ergebnis.
Sein Ausgangspunkt ist die Betrachtung der Situation des Begehungstäters nach Abschluß der Aktivität[1]. Hier stellt er die bislang als selbstverständlich geltende Annahme in Frage,

---

1) Insofern ähnelt ROXINS Argumentation der KUBACHS, Diss., S. 122 ff.

daß mit dem Abschluß der Täteraktivität notwendig ein Versuch vorliege. Hierzu bringt Roxin folgendes Beispiel:

> A mischt Gift unter das Kaffeepulver des X, als X verreist ist. Wenn X zurückgekommen sein wird, wird er sich einen Kaffee bereiten und das Gift zu sich nehmen[1].

Stimmt man dem Satz zu, daß mit dem Ende der Täteraktivität allemal ein beendeter Versuch gegeben ist, so ist A in dem Moment einer versuchten Tötung schuldig, sobald er das Kaffeepulver präpariert hat. Roxin bezweifelt, ob dies in jedem Fall richtig ist.

Um dies zu illustrieren, wandelt er das Beispiel dahin ab, daß X noch mehrere Wochen oder gar Monate verreist sein wird und A während dieser Zeit das Kaffeepulver ständig unter Kontrolle haben wird. Hier wird die Annahme eines Versuchs schon mit dem Präparieren des Kaffeepulvers recht fragwürdig. Das Rechtsgefühl sträubt sich dagegen, hier schon einen Versuch anzunehmen. Die Fragwürdigkeit dieser Annahme wird besonders deutlich, wenn man den Beispielsfall ein weiteres Mal abwandelt und so setzt, daß A dem X den Kaffee zuzubereiten pflegt. In diesem Fall ist das Präparieren des Kaffeepulvers eine straflose Vorbereitungshandlung[2]. Diese geringfügige Abwandlung, die aber in dem zu beurteilenden Zeitpunkt noch gar nicht in Erscheinung tritt, führt also im einen Fall zur Straflosigkeit, im anderen zur Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags oder versuchten Mordes mit einer Mindeststrafe von zwei bzw. drei Jahren Freiheitsstrafe (§§ 211, 212, 23 II, 49 I). Roxin fragt, ob diese verschiedene Beurteilung gerechtfertigt ist, und verneint diese Frage. Er meint, dies entspreche auch allen heute vertretenen Versuchslehren. Betone man das objektive Element der Gefährdung des angegriffenen Rechtsguts, so müsse man in dem Beispielsfall zu dem Ergebnis kommen, daß eine nennenswerte Gefährdung des X schwerlich zu bejahen sei, solange er weit entfernt und der Kaffee unter der Kontrolle

---

1) ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 214. Das Beispiel stammt von SCHMIDHÄUSER, AT, 15/58, S. 490

2) STRATENWERTH, AT, Rdnr. 707

des A sei. Auch wenn man eine mehr subjektive Versuchslehre für richtig halte und den Grund der Versuchsbestrafung in der Auflehnung des Täters gegen die Rechtsordnung sehe, könne man hier keinen Versuch annehmen. Denn der Täter könne sich hier immer sagen: "Noch ist nichts geschehen." Auch nach der Formel des § 22 sei hier noch kein Versuch anzunehmen, denn A setze noch nicht unmittelbar zur Tötung des X an, wenn er den Kaffee präpariere.

Nachdem Roxin so die herkömmliche Ansicht in Frage gestellt hat, sieht er sich vor die Aufgabe gestellt, das doch recht handgreifliche Kriterium, das diese zur Verfügung stellt, durch ein neues zu ersetzen. Er zeigt zunächst auf, daß die These, in dem Abschluß der Täteraktivität liege notwendig ein Versuch, nicht so allgemein akzeptiert wird, wie es den Anschein hat. Ausnahmen werden bei der mittelbaren Täterschaft und bei der actio libera in causa gemacht. Bei der mittelbaren Täterschaft ist es umstritten, ob der Hintermann schon eines Versuchs schuldig ist, wenn er seine Einwirkung auf das Werkzeug beendet hat oder erst dann, wenn das Werkzeug seinerseits unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt[1]. Bei der actio libera in causa herrscht Streit über die Frage, ob der Versuch schon beginnt, wenn der Täter sich selbst in einen Defektzustand versetzt hat[2]. Dieser Befund und die in diesen Fällen vorgeschlagenen Lösungen führen Roxin dazu, zwei Kriterien für den Versuchsbeginn vorzuschlagen. Es sind das die Kriterien der Beherrschbarkeit und der Gefahraktualisierung. Roxin meint, solange die Gefahr für das anzugreifende Rechtsgut nicht akut sei und der Täter das Kausalgeschehen in seinem Machtbereich habe, liege keinesfalls ein Versuch vor. Erst wenn eine dieser beiden Voraussetzungen entfalle, könne ein Versuch angenommen werden.

Roxin legt sodann dar, daß die gewonnenen Abgrenzungskriterien auch beim Unterlassungsdelikt anwendbar seien. Es liege nämlich hier keine grundsätzlich andere Struktur vor als im Fall des Begehungsdelikts nach Abschluß der Täteraktivität. Diese

---

1) FRANK, StGB, § 43 II a; v. HIPPEL, Strafrecht II, S. 475; DREHER, StGB, § 22,6 B nehmen Versuch erst an, wenn das Werkzeug seinerseits das Versuchsstadium erreicht. Vgl. unten S. 144 f.

2) Versuch erst während des Defekts nehmen an STRATENWERTH, AT,

Parallelität der Strukturen wird deutlich, wenn man Roxins Ausgangsfall dahin abwandelt, daß A nicht selbst den Kaffee vergiftet hat, sondern ein Dritter dies getan hat und A dies bemerkt. Die Situation des A ist hier genau die gleiche wie im Ausgangsfall, so daß eine gleichartige Beurteilung beider Fälle geboten ist. Auch hier soll es nach Roxin auf die Lokalisierung des gefährlichen Kausalverlaufs im eigenen Herrschaftsbereich bzw. auf die Aktualisierung der Gefahr ankommen.

2. Würdigung

Diese beiden Kriterien sollen im folgenden auf ihre Vereinbarkeit mit § 22 und auf ihre Praktikabilität hin untersucht werden.

a. Das Kriterium der Gefahraktualisierung

Oben ist schon auf die Bedeutung des Gefahrgedankens für die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch eingegangen worden[1]. Dabei wurde gesagt, daß allein das Abstellen auf die Gefahr nicht zu einer befriedigenden Abgrenzung führt. Angesichts dessen erscheint der Versuch, den Gefahrgedanken dennoch zur Abgrenzung heranzuziehen, als nicht sehr vielversprechend. Will man diesen Versuch dennoch unternehmen, so müssen die oben erhobenen Einwände berücksichtigt werden.
Der eine dieser Einwände ging dahin, daß mit dem Gefahrkriterium allein nichts gesagt werde, weil sich sofort die Frage nach dem relevanten Gefahrgrad erhebt. Es bedarf also stets des Rückgriffs auf weitere Gesichtspunkte, die den maßgeblichen Gefahrgrad bestimmen. Beim Abstellen auf eine akute Gefahr, wie es Roxin tut, ist aber mit dem Kriterium der Aktualität ein solcher Maßstab für den maßgeblichen Gefahrgrad genannt. Dieser Maßstab ist zwar seinerseits konkretisierungsbedürftig, das begründet aber keinen prinzipiellen Einwand gegen seine Tauglichkeit. Denn die Konkretisierungsbedürftigkeit ist gar nicht zu umgehen, welches Kriterium auch immer man zur Aus-

---

1) Vgl. oben S. 66 ff.

füllung des Begriffs "unmittelbares Ansetzen" für richtig hält. Es ist schon etwas gewonnen, wenn ein Kriterium konkreter ist als die gesetzliche Leitlinie. Dieser Anforderung genügt das Kriterium der akuten Gefahr.
Durch diesen Begriff der akuten Gefahr wird aus der Menge der Sachverhalte, die unter die Leitlinie des "unmittelbaren Ansetzens" fallen, ein Teil herausgehoben und konkretisiert.
Es kann kaum zweifelhaft sein, daß ein unmittelbares Ansetzen dort vorliegt, wo der Täter durch sein Verhalten eine akute Gefahr für ein Rechtsgut schafft.
Bei der Auslegung des Kriteriums der akuten Gefahr kann auf schon vorhandene Begriffsbestimmungen zurückgegriffen werden, so daß dieses Kriterium auch als praktikabel erscheint. Solche Begriffsbestimmungen finden sich im Polizei- und Ordnungsrecht, aber auch im Strafrecht. Im Polizei- und Ordnungsrecht wird eine gegenwärtige Gefahr angenommen, wenn in allernächster Zukunft ein bestimmtes Ereignis eintreten kann oder wenn zwar der Zeitpunkt des Eintritts dieses Ereignisses unvorhersehbar, jedoch jederzeit zu erwarten ist[1]. Im Strafrecht kann auf den in den §§ 34 und 35 verwendeten Begriff der gegenwärtigen Gefahr zurückgegriffen werden[2]. Hier liegen Maßstäbe vor, anhand derer geprüft werden kann, ob eine Gefahr akut ist. Die Verwendung des Begriffs der akuten Gefahr zur Bestimmung des Versuchsbeginns ist daher nicht dem Einwand ausgesetzt, es werde kein brauchbarer Maßstab zur Bestimmung des relevanten Gefahrgrades angegeben.
Der zweite mögliche Einwand gegen die Benutzung dieses Kriteriums geht dahin, daß es mit einer subjektiven Versuchslehre nicht vereinbar sei, auf das objektive Merkmal der Gefahraktualisierung abzustellen. Dieser Einwand wurde oben schon behandelt. Mit dem Begriff des "unmittelbaren Ansetzens" ist ein objektives Merkmal in den § 22 aufgenommen, das allerdings immer aufgrund der Vorstellung des Täters zu beurteilen

---

1) Vgl. REITDORF-HEISE-BÖCKENFÖRDE-STREHLAU, Ordnungsrecht, § 1 OBG, Rdnr. 16 f.

2) Vgl. dazu SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 52 Rdnr. 110; MAURACH, AT, § 34 I A 2, S. 402; JESCHECK, AT, § 44 I 2, S. 362; RGSt 53,132,133; RGSt 66,222,225; BGH GA 1967,113

ist. Es kommt also darauf an, wann unter Berücksichtigung der Vorstellung des Täters eine akute Gefahr der Verwirklichung des Tatbestandes zu bejahen ist. Der Täter muß notwendig die Vorstellung haben, daß in einer bestimmten Phase der Verwirklichung seines Vorhabens diese Gefahr vorliegt, da er ja den Vorsatz haben muß, das Delikt zu vollenden. Das objektive Merkmal läßt sich also durchaus in eine subjektive, d.h. an den Vorstellungen des Täters orientierte Versuchslehre einfügen[1]. Gegen die Verwendung des Begriffs der Gefahraktualisierung als Kriterium zur Bestimmung des Versuchsbeginns bestehen also keine grundsätzlichen Bedenken. Ob damit Ergebnisse zu erzielen sind, die zu befriedigen vermögen, wird unten untersucht werden[2]. Zuvor soll aber das zweite von Roxin vorgeschlagene Kriterium, die Herrschaftsaufgabe, auf seine grundsätzliche Tauglichkeit überprüft werden.

b. Das Kriterium der Beherrschung des Geschehens

Bisher ist noch nie das Merkmal der Herrschaft offen als Kriterium bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch benutzt worden. Das ist auch nicht verwunderlich. Bei den meisten Ausführungsarten bleibt der Kausalverlauf von Anfang an unter der Kontrolle des Täters. Wo es zu einem Herrschaftsverlust kommt, steht meistens schon die Frage der Zurechnung des weiteren Geschehen überhaupt in Frage. Das Kriterium der Herrschaft über das Kausalgeschehen kann daher nur dort zur Bestimmung der Versuchsgrenze herangezogen werden, wo die Weiterführung der Tat durch eine Herrschaftsaufgabe möglich ist. Hierfür kommen nur einige Fallgruppen in Betracht, und zwar die von Roxin untersuchten: Die Begehungstat mit längerer Unterlassungsphase, die mittelbare Täterschaft, die vorsätzliche actio libera in causa und das Unterlassungsdelikt. Nur bei diesen Konstellationen besteht die auf den ersten Blick paradox anmutende Möglichkeit, durch Aufgabe der Herrschaft das Delikt der Vollendung näher zu bringen.

---

1) A.A. BOCKELMANN, Untersuchungen, S. 139 ff. Vgl. dazu oben S. 48 f. und 54 f.

2) Vgl. dazu unten S. 94 ff.

Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs könnte man schon als Einwand gegen dieses von Roxin vorgeschlagene Abgrenzungskriterium benutzen. Das wäre aber verfehlt. Es ist nicht so, daß jedes Kriterium in allen denkbaren Fällen anwendbar sein muß. Die Ansatzformel des § 22 ist oben als Leitlinie bezeichnet worden, d.h. als ein nicht durch eine stets gleiche Summe von Merkmalen beschriebener Begriff, sondern als jeweils konkretisierungsbedürftiges Prinzip. Gerade darin liegt die Möglichkeit begründet, in den vielen verschieden strukturierten Fallgruppen jeweils zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen. Bei der Würdigung einer Konkretisierung kommt es daher nur darauf an, daß sie der übergeordneten Leitlinie einerseits und den Besonderheiten der Fallgruppe, auf die sie angewendet werden soll, andererseits entspricht. Daß mit dem Merkmal der Herrschaftsaufgabe an ein Spezifikum der genannten Fallkonstellationen angeknüpft wird, ist schon dargelegt worden. Die weitere Frage ist, ob es sich bei dem Kriterium der Herrschaftsaufgabe um einen sachlich geeigneten Anknüpfungspunkt handelt. Die sachliche Geeignetheit ist unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob mit diesem Kriterium die Scheidestelle zwischen straflosem und strafbarem Verhalten markiert werden kann. Es ist also die Frage zu beantworten, ob auf der Grundlage der Ratio puniendi des Versuchs eine Bestrafung dogmatisch und kriminalpolitisch unangebracht ist, solange das Geschehen noch unter der Kontrolle des Täters und das Rechtsgut noch nicht akut gefährdet ist[1].

Zur Ratio puniendi des Versuchs ist oben ausgeführt worden, daß eine Bestrafung eines auf die Verwirklichung eines Tatbestandes abzielendes Verhalten gerechtfertigt ist, wenn sich in diesem Verhalten ein verbrecherischer Wille manifestiert, und darüber hinaus die Manifestation geeignet ist, das Vertrauen in die Geltung der Rechtsordnung zu erschüttern[2].

---

1) Vgl. zu dieser Methode, ROXIN, Kriminalpolitik, passim..

2) Vgl. oben S. 54 f. und JESCHECK, AT, § 49 II 3, S. 387 f.

An einer Manifestation des verbrecherischen Willens ist in den meisten der in die hier untersuchte Gruppe gehörenden Fälle nicht zu zweifeln. Sie liegt beim Hintermann, der seine Einwirkung auf das Werkzeug beendet hat, ebenso vor wie beim Täter einer actio libera in causa, der zur Flasche greift, und beim Unterlassenden, der in einer sein Eingreifen erfordernden Situation untätig bleibt. Es bleibt die Frage, ob diese Manifestationen geeignet sind, das Vertrauen in die Rechtsordnung zu erschüttern, auch wenn der Täter den Geschehensablauf noch beherrscht.

Diese Frage ist meines Erachtens zu verneinen. Ein derartiges Verhalten verlangt noch nicht nach einer Bestrafung. Diese These bedarf natürlich einer Begründung. Dazu ist folgendes zu sagen: Solange sich das Geschehen noch im Machtbereich des Täters befindet, vermag es, so könnte man sagen, nicht den Eindruck einer Friedensstörung zu erwecken. Das ist aber nicht allgemein richtig, wie etwa das Beispiel eines den Geschehensablauf bis zur Vollendung hin kontrollierenden Diebes zeigt. Diese von dem Dieb ausgeübte Herrschaft über das Geschehen hindert die Annahme eines Versuchs von einem bestimmten Punkt an nicht. Soll dennoch in der hier betrachteten Fallgruppe eine andere Wertung gerechtfertigt sein, so muß das mit einem zusätzlichen Spezifikum erklärbar sein. Eine solche Besonderheit ist auch tatsächlich vorhanden. Sie liegt in der zeitlichen Ferne des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolgs. Dieser Gesichtspunkt, der auch bei den übrigen Begehungsdelikten die Qualifizierung bestimmter Verhaltensweisen als Vorbereitungshandlung trägt, tritt hier zu der fortbestehenden Herrschaft über das Kausalgeschehen hinzu. Die Addition beider Gesichtspunkte trägt die Wertung, es liege noch kein Versuch vor. Liegen sie vor, so werden sowohl der Täter als auch der beobachtende Dritte sagen: "Noch ist nichts geschehen." Das Geschehen erscheint noch als dem internen Bereich des Täters zugeordnet. Die Rechtsordnung ist noch nicht erschüttert und damit der Bereich des Strafbaren noch nicht betreten.

Es hat also den Anschein, als sei das von Roxin vorgeschlagene Kriterium der Herrschaftsaufgabe durchaus sachgerecht.

Das ist freilich von Herzberg entschieden bestritten worden, dessen Lehre als nächste vorgestellt werden soll. In der Gegenüberstellung mit der Ansicht Herzbergs wird dann die Theorie Roxins weiter erörtert werden.

VII. Herzberg

1. Darstellung der Lehre Herzbergs

Herzberg hat seinen Vorschlag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch in Auseinandersetzung mit der Ansicht Roxins entwickelt[1]. Er hält es anders als Roxin für richtig, einen Versuch des unechten Unterlassungsdelikts schon dann anzunehmen, wenn der Verpflichtete die erste Handlungsmöglichkeit vorsätzlich nicht nutzt, obwohl ihm dies möglich ist. Dabei ist interessant, daß Herzberg Roxins Standpunkt insofern teilt, als auch er annimmt, die Situation des Unterlassungstäters entspreche der des Begehungstäters nach Abschluß der Täteraktivität. Auch er will beide Fälle gleichbehandeln. Anders als Roxin hält er aber die herkömmliche Ansicht für richtig, die immer einen Versuch annimmt, wenn der Täter seine Aktivität beendet hat. Daraus zieht er den Schluß, daß der Unterlassungstäter sich mit der ersten Untätigkeit eines Versuchs schuldig macht, weil er eben von vornherein in der Situation des Begehungstäters nach Abschluß der Täteraktivität sei.
Herzberg meint, auf die von Roxin entwickelten Kriterien der Herrschaftsaufgabe bzw. der Gefahraktualisierung komme es nicht an. Es sei vielmehr sachlich gerechtfertigt, das Verhalten des Täters auch schon vorher zu pönalisieren. Denn entgegen der Ansicht Roxins sei schon vor der Gefahraktualisierung bzw. vor der Herrschaftsaufgabe seitens des Täters etwas Entscheidendes geschehen. Kein Mensch könne nämlich je sicher sein, daß er Versäumtes nachholen könne[2]. Darum müsse bei Strafe geboten

---

1) HERZBERG, MDR 1973, 89 ff.

2) Dieser Gedanke findet sich auch bei KUBACH, Diss., S. 145 FN 5

werden, die erste Eingriffsmöglichkeit zu nutzen[1]. Das Risiko, daß der Täter die Herrschaft unbewußt verliere oder die Gefahr sich ohne sein Wissen aktualisiere, falle nämlich nach der ersten Eingriffsmöglichkeit dem Opfer zur Last.
Entscheidend gegen Roxins Theorie spricht nach Ansicht Herzbergs, daß es ihr nicht möglich sei, die Fälle unbewußter Herrschaftsverluste bzw. unbewußter Gefahraktualisierung angemessen zu bewältigen. Es sei Roxin nämlich in diesen Fällen nicht möglich, die Bestrafung des Täters wegen vorsätzlicher Erfolgsherbeiführung zu begründen. Nach dieser Ansicht habe der Täter nämlich das Delikt noch nicht versucht, bevor der Herrschaftsverlust bzw. die Gefahraktualisierung eintreten. Der unbewußte Herrschaftsverlust bzw. die unbewußte Gefahraktualisierung könnten aber auch nicht als Versuchsbeginn angesehen werden, da dieser ein bewußtes Verhalten voraussetze. Da man aber nicht vollenden könne, was man nicht zuvor versucht habe, könne der Täter in diesen Fällen überhaupt nicht wegen eines Vorsatzdelikts bestraft werden. Das aber sei unangemessen, meint Herzberg.
Dieses Ergebnis läßt sich seiner Ansicht nach nur vermeiden, wenn man den Versuch im erstmöglichen Zeitpunkt einsetzen läßt. Denn der von ihm erhobene Einwand gilt nach Ansicht Herzbergs nicht nur gegenüber der von Roxin entwickelten Theorie, sondern gegenüber allen, die einen anderen als den Zeitpunkt der ersten Rettungsmöglichkeit für maßgeblich erachten.

2. Kritik

Herzberg nimmt mithin einen extrem täterungünstigen Standpunkt ein. An seiner Begründung fällt auf, daß sie negativ durch eine Ablehnung aller anderen Standpunkte bestimmt ist. Er bemüht sich kaum, sein Ergebnis positiv aus der ratio des § 22 zu erklären. Dies muß aber der Ausgangspunkt aller Vorschläge zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch sein. Mißt man Herzbergs Lösung an dieser Norm, so zeigt sich, daß

1) HERZBERG, MDR 1973, 92 f.

er den mit § 22 verfolgten Zielen kaum gerecht wird. Das zeigen die folgenden Beispiele, bei denen auch jeweils die Lösung nach der Theorie Roxins dargestellt wird. In dem schon mehrfach zitierten Streckenwärter-Fall liegt bei Anwendung der Theorie Roxins ein Versuch erst vor, wenn der Streckenwärter sich entfernt. Herzberg nimmt dagegen einen Versuch schon an, wenn der Streckenwärter den Betrunkenen nicht unmittelbar, nachdem er ihn aufgefunden hat, von den Schienen nimmt[1].

Ähnliche Unterschiede zeigen sich in dem folgenden Fall:

> Der Hauseigentümer A bemerkt, daß ein Dritter in seinem, des A, Haus, eine Brandstiftungsanlage installiert hat, die durch Betätigung eines bestimmten Lichtschalters ausgelöst wird. A hält sich allein in dem entsprechenden Raum auf, hat aber die Absicht, sich später zu entfernen und rechnet damit, daß ein Mitbewohner arglos die Anlage in Gang setzen werde.

Auch hier würde Roxin erst mit dem Entfernen, Herzberg dagegen schon mit dem ersten Untätigbleiben eine versuchte Brandstiftung annehmen. Auch in dem folgenden Beispiel führen beide Ansichten zu weit voneinander abweichenden Ergebnissen:

> A bemerkt einen gefährlichen Defekt an seinem Auto. Er weiß, daß in einigen Stunden seine Frau eine Fahrt unternehmen will. Bis dahin liegt der einzige Wagenschlüssel auf dem Schreibtisch, an dem A arbeitet. A will seiner Frau nichts sagen in der Hoffnung, daß sie verunglücken werde.

Roxin würde hier einen Versuch erst annehmen, wenn A es unterläßt, seine Frau von der Fahrt abzuhalten. Herzberg müßte dagegen konsequenterweise einen Versuch schon annehmen, wenn A nicht sofort sicherstellt, daß seine Frau mit dem Wagen nicht fahren kann.

Diese wenigen Beispiele zeigen deutlich, daß Herzbergs Theorie den Versuchsbereich so weit ausdehnt, wie dies überhaupt möglich ist. Als Inhalt des § 22 war dagegen herausgearbeitet

---

1) HERZBERG, MDR 1973, 94

worden, daß als versuchsbegründend nur solche Verhaltensweisen angesehen werden können, die unmittelbar mit der Tatbestandsverwirklichung verknüpft sind. Oben ist erläutert worden, daß als Tatbestandsverwirklichung beim Unterlassen nur das Unterlassen des letztmöglichen Eingriffs oder das Unterlassen eines eine aktuelle Beeinträchtigung verhindernden Eingriffs angesehen werden kann. Versuchsbegründend kann demnach nur ein Unterlassen sein, daß mit der Phase der Tatbestandsverwirklichung in diesem Sinne unmittelbar verbunden ist. Diesen engen Zusammenhang weist aber das Nichtergreifen der ersten Handlungsmöglichkeit nur ausnahmsweise auf, nämlich dann, wenn die Gefahr von vornherein akut ist. Es ist offensichtlich, daß nach Herzbergs Ansicht dem Begriff des unmittelbaren Ansetzens beim Versuch des Unterlassungsdelikts keinerlei limitierende Funktion zukommt. Dem vom Gesetzgeber mit § 22 verfolgten Ziel, den Versuchsbereich einzugrenzen, wird Herzbergs Ansicht nicht gerecht. Differenzierte Lösungen sind danach nicht möglich. Demgegenüber erlaubt die von Roxin vorgeschlagene Abgrenzung sowohl die erwünschte Eingrenzung des Versuchsbereichs wie auch eine den Umständen des Einzelfalls angepaßte Beurteilung. Sie erscheint darum kriminalpolitisch vorzugswürdig. Sie ist allerdings bisher erst in einem Teil der denkbaren Fallkonstellation überprüft worden, so daß ein endgültiges Urteil noch nicht gefällt werden kann.

Im folgenden soll Roxins Theorie darum an weiteren Fallgruppen erprobt werden. Dabei sollen insbesondere die Fälle erörtert werden, an denen nach Ansicht Herzbergs die Lösung scheitert. Angesichts der aufgezeigten Mängel des Vorschlags von Herzberg wird man seine Lösung nur akzeptieren können, wenn tatsächlich, wie er behauptet, Roxins Vorschlag zu erheblichen Strafbarkeitslücken führt.

C. Anwendung der gewonnenen Kriterien auf verschiedene Fallgruppen

I. Fälle einer sich gleichmäßig entwickelnden Gefahr

Fall 1 a) Der Streckenwärter S findet um 22.00 Uhr den total betrunkenen B auf den Schienen. S weiß genau, daß der nächste Zug erst um 6.00 Uhr die Strecke passieren wird.

Die Lösung dieses Falles nach den von Roxin vorgeschlagenen Kriterien ist schon dargestellt worden. Der Versuch beginnt, wenn S, indem er sich entfernt, die Herrschaft aufgibt oder wenn die Gefahr akut wird, d.h. wenn der Zug sich unmittelbar annähert.

Fall 1 b) B wird nicht von S, sondern von seiner Ehefrau E gefunden. E weiß nicht, wann der nächste Zug kommen wird. Sie hält es für möglich, daß dies unmittelbar bevorsteht.

Wenn E sich sogleich entfernt, beginnt der Versuch für sie ebenfalls in diesem Moment, weil sie die Herrschaft aufgibt. Abweichungen von der Lösung des Falles 1 a) ergeben sich aber, wenn E sich nicht entfernt, sondern abwartend an den Schienen sitzen bleibt. Die objektive Gefahrentwicklung ist zwar in diesem Fall die gleiche wie im Fall 1 a). Es ist aber zu berücksichtigen, daß E andere Vorstellungen als S über die Gefahrentwicklung hat. Diesen Unterschied in die Beurteilung einzubeziehen, fordert § 22, indem er auf die Vorstellung des Täters von der Tat abhebt. Auch die oben[1)] gegebene Definition, wonach eine Gefahr dann unmittelbar und akut ist, wenn der Eintritt des Erfolges zwar unvorhersehbar, aber jederzeit zu erwarten ist, erlaubt die Berücksichtigung des Täterwissens bzw. der Ungewißheit des Täters. Auf den Fall 1 b) bezogen bedeutet das: Von der E aus gesehen ist die Gefahr, daß ihr Mann überfahren wird, in dem Sinn akut, als sie nicht weiß, wann sich diese Gefahr realisieren wird. Soviel E weiß, kann dies un-

1) Vgl. oben S. 86

mittelbar bevorstehen. Das aber bedeutet wegen der gebotenen subjektiven Deutung des Merkmals der Gefahraktualisierung, daß bei E ein Versuch anzunehmen ist, sobald sie die Situation erfaßt und dennoch nicht eingreift, obwohl sie davon ausgeht, daß jeden Moment ein Zug kommen kann.

Aus der Gegenüberstellung der Fälle 1 a) und 1 b) ergibt sich ein Einwand gegen die hier vorgeschlagene Abgrenzung. Stellt man sich vor, daß S und E unabhängig voneinander den B finden und am "Tatort" bleiben, wäre bei S noch Straflosigkeit anzunehmen, während E, die das gleiche äußere Verhalten an den Tag legt, sich bereits einer versuchten Tötung schuldig macht.

Dieses auf den ersten Blick seltsam und ungerecht anmutende Ergebnis ist jedoch nicht geeignet, die vorgeschlagene Abgrenzung als unrichtig zu erweisen. Vom Boden einer unter anderem auf die Tätervorstellungen abhebenden Versuchsauffassung ist es nur konsequent, der unterschiedlichen Vorstellung über das weitere Geschehen Bedeutung bei der Beurteilung der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch beizumessen.

Eine derartige unterschiedliche Bewertung äußerlich gleicher Sachverhalte in Abhängigkeit von subjektiven Faktoren ist auch sonstnichts Ungewöhnliches. Als Beispiel sei der schon erwähnte Fall des Diebes genannt, der zu nächtlicher Stunde eine Leiter an ein fremdes Haus legt. Will er dabei nur erproben, ob die Leiter lang genug ist, und den Diebstahl erst an einem der nächsten Tage durchführen, so liegt nur eine Vorbereitungshandlung vor. Will er dagegen sogleich einsteigen, handelt es sich schon um einen Versuch[1]. Auch hier führen also subjektive Gegebenheiten in einem Fall zur Strafbarkeit, im anderen zur Straflosigkeit.

An dieser Stelle ist der Einwand zu erwarten, daß die subjektiven Gegebenheiten im Fall des Diebes andere als in den Fällen 1 a) und 1 b) seien. Das ist jedoch nicht richtig. Im

---

1) Unabhängig von der dogmatischen Einordnung der Merkmale des § 243 wird man dies für richtig halten müssen. Denn im zweiten Fall beginnt der Täter in die Gewahrsamssphäre einzudringen, um sogleich zur Wegnahme zu schreiten. Vgl. dazu ausführlich, BECHER, Diss., S. 81 ff. m.w.N.

Falle des Diebes hängt die Qualifizierung davon ab, wie der Dieb den weiteren Ablauf gestalten will. Im Fall des Betrunkenen geht es darum, welche Vorstellung der Rettungspflichtige vom Ablauf des weiteren Geschehens hat. In beiden Fällen ist Anknüpfungspunkt der Beurteilung also die Vorstellung des Täters vom weiteren Ablauf des Geschehens. E i n Unterschied liegt allerdings vor: Im einen Fall bezieht sich die Vorstellung auf das vom Täter selbst zu bewirkende Geschehen, im anderen auf das unabhängig von ihm verlaufende Geschehen. Dieser Unterschied kann aber in diesem Zusammenhang keine Bedeutung beanspruchen, es ist nur der Unterschied zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikt.

Noch eine weitere Differenz zwischen den beiden Fällen ist aufzuweisen, die aber im Grunde mit der gerade behandelten identisch ist. Beim Begehungsdelikt weiß der Täter genau, wie er den weiteren Ablauf gestalten will; allerdings kann er nicht immer die Auswirkungen seines Handelns berechnen. Beim Unterlassungsdelikt weiß der Täter nicht mit der gleichen Sicherheit, wie der Kausalverlauf sich weiter entwickeln wird; er weiß nur, wie sich der Ablauf entwickeln könnte, wobei er diese als mehr oder weniger wahrscheinlich erkannte Möglichkeit billigt oder zumindest in Kauf nimmt. Aber auch dieser Unterschied trägt keine verschiedene Bewertung der subjektiven Gegebenheiten. Es handelt sich ebenfalls nur um eine Ausprägung des Unterschiedes zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikt. Beim Unterlassungsdelikt kann stets nur der sich entwickelnde Kausalablauf hingenommen werden. Dabei ist es nicht immer möglich, daß der Unterlassende alle Umstände des objektiven Geschehens kennt. Im übrigen ist es auch beim Begehungsdelikt möglich, daß der Täter nicht alle relevanten Umstände kennt.

Es bestehen somit keine durchgreifenden Bedenken gegen die vorgeschlagene, auf Unterschiede in der Vorstellung des Täters abhebende Abgrenzung. Vielmehr entspricht diese Differenzierung den oben dargelegten Grundsätzen der Versuchslehre. Die Differenzierung erscheint als eine sachgerechte Erfassung der unterschiedlichen kriminellen Energie, die neben der Erfassung der objektiven Gefährdung von Bedeutung ist.

II. Fälle einer nicht gleichmäßigen Gefahrentwicklung

Fall 2 a) Eine Mutter beschließt, ihr kleines Kind, das nicht schwimmen kann, ertrinken zu lassen. Sie ist mit dem Kind im Park in der Nähe eines tiefen Teiches. Das Kind spielt am Ufer dieses Teiches. Die Mutter hofft, es werde ins Wasser fallen. In diesem Fall will sie nicht eingreifen.

Hier kann trotz des Entschlusses, das Kind ertrinken zu lassen, der eher ein Wunsch ist, von einem Versuch noch nicht die Rede sein. Ein tauglicher Versuch des Unterlassungsdelikts kann im allgemeinen frühestens in dem Moment beginnen, wo eine Gefahrsituation einsetzt[1]. Das ist hier aber noch nicht der Fall. Solange das Kind in einer absolut üblichen Weise am Rande des Teiches spielt, besteht keine Gefahr. Es ist zwar denkbar, daß das Kind in den Teich fällt, die Gefahrsituation entsteht aber erst, wenn das Kind ins Wasser fällt oder wenn es sich in einer Weise verhält, bei der dies naheliegt.

Fall 2 b) Das Kind läuft auf das Wasser zu. Die Mutter erkennt, daß das Kind ins Wasser fallen und ertrinken kann, und bleibt dennoch untätig.

Auch in diesem Fall ist es zweifelhaft, ob schon die Gefahrsituation besteht, die Voraussetzung des Versuchs beim Unterlassungsdelikt ist. Immerhin ist ein Verhalten, wie es das Kind hier an den Tag legt, nicht selten. In den allermeisten derartigen Fällen passiert nichts, weil Kinder solche Situationen zu bewältigen wissen und rechtzeitig stehen bleiben. Die Frage, ob die Unterlassungssituation schon gegeben ist, kann aber offenbleiben. Denn das Vorliegen der Unterlassungssituation ist zwar im allgemeinen eine notwenige, aber noch keine zureichende Bedingung für die Annahme des Versuchs. Mit der Bejahung dieser Frage ist daher noch keine endgültige Entscheidung getroffen. Diese hängt vielmehr davon ab, ob nach einem der geprüften Kriterien ein Versuch zu bejahen ist. Die Entscheidung über das Vorliegen der Unterlassungssituation hat nur insofern Bedeutung, als bei ihrer zweifelsfreien Verneinung ein Versuch im allgemeinen ohne weitere Erörterungen ausgeschlossen werden kann.

---

1) Fälle, bei denen das möglicherweise anders ist, werden unten s. 101 ff. behandelt.

Von einem Herrschaftsverlust kann in dem Fall 2 b) noch nicht die Rede sein. Die Einwirkungsmöglichkeiten der Mutter sind nach wie vor unvermindert. Sie kann in dem gleichen Maß und mit der gleichen Sicherheit eingreifen wie vorher.
Auch das alternative Kriterium der akuten Gefahr führt nicht dazu, schon einen Versuch anzunehmen. Allein die Tatsache, daß das Kind in Richtung auf den Teich läuft, vermag nicht das in den §§ 22,212 enthaltene Gebot zu mobilisieren. Wie schon ausgeführt wurde, ist bei normalem Verlauf in solchen Situationen damit zu rechnen, daß das Kind rechtzeitig innehält. Solange nicht eine wesentlich über die bloße Denkbarkeit hinausgehende Möglichkeit eines schädlichen Verlaufs gegeben ist, kann von einer akuten Gefahr nicht die Rede sein. Allein die bösen Gedanken der Mutter vermögen keine Strafbarkeit zu begründen. Auch in der Abwandlung hat sich die Mutter nach alledem noch nicht strafbar gemacht.

Fall 2 b) Das Kind ist nunmehr ins Wasser gefallen. Die Mutter bleibt untätig.

Auch hier hängt die Entscheidung davon ab, ob eine akute Gefahr angenommen werden kann. Konkreter auf den § 212 bezogen heißt das, daß nach der akuten Lebensgefahr für das Kind zu fragen ist. Bedenkt man, daß bei einem Ertrinkenden buchstäblich jeder Moment kostbar sein kann, so darf die Rettung nicht aufgeschoben werden. Jede Verzögerung kann entscheidend sein. Darum ist hier die Lebensgefahr sogleich akut[1]. Die Gefahr ist in diesem Fall niemals stagnierend, wie es in den Fällen 1 a) und 1 b) der Fall ist. Hier vermindert jedes Zuwarten die Erfolgsaussichten, während das in den Fällen stagnierender Gefahr nicht so ist. Im Fall 2 b) ist daher sogleich, nachdem das Kind in den Teich gefallen ist, ein Versuch anzunehmen, wenn die Mutter untätig bleibt. Auf die Frage, ob die Mutter noch die Herrschaft über das Geschehen hat, kommt es nicht mehr an, weil die beiden untersuchten Kriterien alternativ, nicht kumulativ über das Vorliegen eines Versuchs entscheiden.

---

1) ANDROULAKIS, Studien, S. 107 f. verwendet hierfür den Begriff der konkreten Gefahr im Gegensatz zur typischen Gefahr

Die beiden bisher erörterten Beispiele mit ihren Varianten weisen, wie schon gezeigt, unterschiedliche Arten der Gefahrentwicklung und unterschiedliche Kenntnis des Täters über die Gefahrentwicklung auf. Diesen Unterschieden vermag die von Roxin vorgeschlagene Abgrenzung gerecht zu werden, wobei die Intention des Gesetzgebers gewahrt wird, den Bereich des Versuchs nicht zu weit zu fassen. Ein endgültiges Urteil über die Tauglichkeit dieser Kriterien kann aber erst abgegeben werden, wenn weitere, anders strukturierte Fallgruppen untersucht worden sind.

III. Fälle unterschiedlichen Wissens des Täters

Fall 3 a) Der Schrankenwärter S beschließt, einen beliebigen Menschen dadurch zu töten, daß er bei der nächsten Durchfahrt eines Zuges an dem von ihm bedienten Bahnübergang die Schranke nicht schließt, wobei er damit rechnet, daß in diesem Moment gerade jemand den Bahnübergang passieren wird.

Solange nicht nach dem Fahrplan und den Dienstvorschriften der Zeitpunkt gekommen ist, zu dem S die Schranke schließen muß, fehlt es an der Unterlassungssituation. Ein Versuch kann deshalb noch nicht vorliegen. Vorher wäre es in hohem Maße unsachgemäß, die Schranke zu schließen. Es kann daher noch nicht geboten sein, diese Handlung vorzunehmen.
Es stellt sich aber die Frage, wie das Verhalten des S zu beurteilen ist, wenn der Zeitpunkt gekommen ist, zu dem er nach dem Fahrplan und den Dienstvorschriften gehalten ist, die Schranke zu schließen. Dabei sind verschiedene Fallgestaltungen denkbar.

Fall 3 b) Der Bahnübergang liegt an einer Straße, die von S nur auf ein kurzes Stück eingesehen werden kann.

Hier muß sogleich eine akute Gefahr angenommen werden, denn in jedem Moment kann es zu spät sein, um das mögliche Unglück noch abzuwenden. Berücksichtigt man die erforderlichen Bremswege von Autos und Zügen, so ist hier sofortiges Handeln ge-

boten. Denn die Gefahr ist so beschaffen, daß zwar nicht vorhergesagt werden kann, daß sie sich im nächsten Moment realisieren werde, aber die Möglichkeit ihrer sofortigen Realisierung besteht.

An dieser Stelle muß einem Mißverständnis vorgebeugt werden. Das für den Fall 3 b gefundene Ergebnis kann nicht etwa mit der Erwägung begründet werden, ein Versuch liege deshalb vor, weil durch die Dienstvorschriften das Herablassen der Schranken geboten sei. Derartige außerstrafrechtliche Gebote begründen kein strafrechtlich sanktioniertes Handlungsgebot. Zwischen diesen beiden Geboten besteht lediglich eine - hier nicht zufällige - Parallelität. Das Vorhandensein außerstrafrechtlicher Handlungspflichten kann Hinweise für die strafrechtliche Beurteilung liefern, diese aber nicht ersetzen.

Fall 3 c) Der Bahnübergang liegt an einer Straße, die S nach jeder Richtung auf 500 m einsehen kann. Die Bahnstrecke kann S ebensoweit einsehen.

Hier zeigt sich sogleich, daß mit einer Berufung auf die in der Dienstvorschrift statuierte Handlungspflicht die Frage nach der Strafbarkeit nicht beantwortet ist. Es bleibt vielmehr zu fragen, ob in dieser Situation eine akute Gefahr der Tatbestandsverwirklichung angenommen werden kann.

Berücksichtigt man, daß die von S einsehbaren 500 m von einem mit 80 km/h fahrenden Kfz in etwa 22,5 Sekunden zurückgelegt werden und daß es sicherlich einige Zeit dauert, bis S erkannt hat, daß sich ein Fahrzeug nähert und er daraufhin beginnt, die Schranke zu schließen, so wird man eine akute Gefahr annehmen können, kurz nachdem S am Horizont ein Auto erkennt (oder zu erkennen glaubt). Das gilt unabhängig davon, ob dieses Auto tatsächlich eine Geschwindigkeit von 80 km/h fährt. Denn S muß immerhin von dieser Möglichkeit ausgehen, da er die Geschwindigkeit nicht zuverlässig schätzen kann, zumal nicht aus einer derartigen Entfernung. Solange S also bei der Beobachtung der Straße kein Auto sehen kann, macht er sich keiner versuchten Tötung schuldig, wenn er es unterläßt, die Schranke zu schließen. Dies gilt unabhängig davon, ob ihm zu einem bestimmten Zeitpunkt durch die Dienstvorschriften das Herunterlassen der Schranke geboten ist.

Fall 3 d) S bedient eine Schranke per Fernbedienung. Er schließt diese Schranke nicht, als ihm ein Zug gemeldet wird. Bei der Beurteilung dieses Falles ist zu berücksichtigen, daß S nicht erkennen kann, ob sich diesem Bahnübergang ein Auto oder ein Fußgänger nähert. Soviel er weiß, kann dies in jedem Moment der Fall sein. Nach seiner Vorstellung ist es also möglich, daß eine akute Gefahr der Tatbestandsverwirklichung besteht. Es ist daher von dem Moment an, wo S entgegen der Dienstordnung die Schranke nicht schließt, ein Versuch anzunehmen. Dies gilt unabhängig davon, ob sich tatsächlich ein Mensch in dem Gefahrenbereich befunden hat, denn das ist nur eine Frage der Tauglichkeit oder Untauglichkeit des Versuchs. Hier zeigt sich erneut, daß das Merkmal der aktuen Gefahr unter Berücksichtigung der Vorstellungen des Täters zu prüfen ist. Dieses Ergebnis erscheint als sachgerecht, denn die kriminelle Energie und die auf der Basis der Tätervorstellung beurteilte Rechtsgutgefährdung sind im Fall 3 d) höhe als im anders beurteilten Fall 3 c). Dort kann der objektive Beobachter sagen: "Es ist noch nichts passiert. Niemand ist bedroht." Hier aber muß der Beobachter sagen: "Es bleibt dem Zufall überlassen, ob etwas passiert." In diesem Fall ergibt sich das gleiche Ergebnis auch aus der Anwendung des zweiten Kriteriums. Der Täter hat hier keine Herrschaft über das Geschehen. Er kann die Schranke herunterlassen. Das allein begründet aber keine Herrschaft in dem gemeinten Sinn. Denn von einer den Versuch ausschließenden Herrschaft kann nur die Rede sein, wenn die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit mit einer Wahrnehmung der Situation verbunden ist. Nur wer die Situation beobachtet, kann Herrschaft zweckentsprechend ausüben.

IV. Fälle mehrerer zeitgebundener Unterlassungen mit einer sich steigernden Beeinträchtigung des Schutzguts

Nunmehr soll ein Fall untersucht werden, der schon immer ein Prüfstein für die verschiedenen Abgrenzungsvorschläge beim Versuch des Unterlassungsdelikts war, nämlich der sogenannte

Mutter-Kind-Fall[1]. Dabei wird sich zeigen, daß dieser Fall einige strukturelle Eigenheiten aufweist.

Fall 4a) Eine Mutter, M, faßt den Entschluß, sich ihres Säuglings dadurch zu entledigen, daß sie es unterläßt, das Kind zu ernähren.
Diesen Entschluß faßt sie, nachdem sie den Säugling gerade gefüttert hat.

Hier ist die Pflicht, das Kind zur Abwendung einer Lebens- oder Leibesgefahr zu ernähren, im gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht mobilisiert. Es wäre im Gegenteil höchst unsachgemäß und eventuell sogar unmöglich, das Kind schon wieder zu ernähren. Die Unterlassungssituation ist noch nicht vorhanden. In diesem Stadium liegt lediglich ein Tötungsentschluß vor, der für sich allein eine Strafbarkeit nicht zu begründen vermag. Daran würde sich nichts ändern, wenn M ihren Entschluß unzweideutig manifestierte, indem sie etwa einem Dritten davon erzählt. Denn es kommt nicht allein auf die Manifestation des Deliktsentschlusses an, sondern auf eine solche Manifestation, die bereits ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung dieses Entschlusses darstellt. Die Kundgabe ist aber keine Ausführung.

Fall 4 b) Nach etwa 4 Stunden müßte der Säugling wieder gefüttert werden. M unterläßt das.

Wendet man die Kriterien der Herrschaftsaufgabe bzw. der Gefahraktualisierung an, so kann in diesem Stadium von einem Versuch noch nicht die Rede sein. Die Herrschaft über das gefahrbringende Geschehen hat M noch nicht aufgegeben. Auch von einer akuten Lebensgefahr oder nur von einer ernsten Gefahr für die Gesundheit des Säuglings kann noch nicht die Rede sein. Es hat also den Anschein, als liege hier nach den untersuchten Kriterien zweifelsfrei noch kein Versuch vor.

1. Die Standpunkte in der Literatur

Die Beurteilung dieses Falles ist in der Literatur besonders umstritten. Während die wohl als herrschend anzusehende An-

---

1) Diesen Fall hat schon SPANGENBERG, Neues Archiv für Criminalrecht IV, S. 540 (1822) untersucht

sicht schon in diesem Stadium einen Versuch annimmt[1], mimmt eine Mindermeinung noch Vorbereitung und damit Straflosigkeit an[2].

Die meisten der Autoren, die einen frühen Versuchsbeginn befürworten, geben dafür keine Begründung. Lediglich Herzberg erläutert seinen Standpunkt näher. Er meint, man müsse diesen Fall mit einem entsprechenden Begehungsdelikt vergleichen. Er zieht einen Begehungsfall heran, bei dem ebenfalls eine Sukzession von Einwirkungen auf das Opfer erfolgen muß, um den tatbestandsmäßigen Erfolg zu erreichen, nämlich den Fall einer Tötung durch mehrere Giftdosen. In diesem Fall ist nach allgemeiner Ansicht mit dem Beibringen der ersten Giftdosis ein unbeendeter Versuch zu bejahen, sofern schon mit dieser Dosis die Gesundheit des Opfers beeinträchtigt wird[3]. Daraus schließt Herzberg, beim untersuchten Unterlassungsfall müsse ein Versuch mit der ersten gesundheitsschädigenden Unterlassung angenommen werden[4].

Dem stimmt Roxin im Ausgangspunkt zu,wenn er sagt, es komme auf den Beginn der Gesundheitsbeschädigung an[5]. Herzberg und Roxin stimmen jedoch bei der Beurteilung der Frage, welcher Grad an Gesundheitsbeschädigung relevant ist, nicht überein. Herzberg meint, dies sei schon der Fall, wenn das Wohlbefinden des Kindes durch den Hunger geringfügig gemindert ist. Roxin hält dagegen das für den Versuchsbeginn erforderliche Maß der Gesundheitsbeschädigung erst dann für gegeben, wenn das Kind erheblich zu leiden beginnt. Er drückt sich hier allerdings sehr vorsichtig und nicht ganz eindeutig aus. Er sagt, die Grenzlinie liege beim Eintritt der auch beim Begehungsversuch ausreichenden Gesundheitsbeschädigung. Dann

---

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, Rdnr. 12 vor § 43; MAURACH, AT, § 41 II 2, S. 503; HERZBERG, MDR 1973,95; MAIHOFER, GA 1958,297 f.; KUBACH, Diss., S. 143 f.

2) GRÜNWALD, JZ 1959,49; RUDOLPHI, MDR 1967,4 FN 34; ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 231; JESCHECK, AT, § 60 II 2, S. 483 f.; WELZEL, Lehrbuch, S. 221; KAUFMANN, Dogmatik, S. 217

3) BECHER, Diss., S. 29, WESSELS, AT, § 14 II 2, S. 108 f. MEZGER-BLEI, AT, § 75 I 2, S. 250

4) HERZBERG, MDR 1973,95

5) ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 231

fährt er fort, diese Grenze "dürfte" erreicht sein, wenn das Opfer erheblich zu leiden beginne[1].

2. Stellungnahme

Herzberg ist zuzugeben, daß Roxins Ansicht in diesem Punkt inkonsequent ist. Einerseits sagt er, der gleiche Grad der Gesundheitsbeschädigung wie im Giftbeibringungsfall müsse ausreichen. Dort ist aber ein Versuch nicht erst dann zu bejahen, wenn das Gift erhebliche Leiden beim Opfer verursacht, sondern mit der ersten Dosis, die die Widerstandskraft des Opfers schwächt[2].
Dies muß dann auch beim Unterlassungsdelikt der relevante Grad der Gesundheitsbeschädigung sein, so daß im wesentlichen die herrschende Meinung in der Literatur bestätigt wird. Gegenüber dieser herrschenden Ansicht ist allerdings eine Präzisierung vonnöten. Eine Gesundheitsbeschädigung setzt noch nicht ein, wenn das Kind nicht zu dem festgesetzten Zeitpunkt sogleich ernährt wird. Das erhellt schon daraus, daß sonst die Mutter, die aus Fahrlässigkeit das Kind etwas später ernährt, nach § 230 zu bestrafen wäre. Die Grenze ist daher erst dort zu ziehen, wo tatsächlich eine Schwächung und Gesundheitsbeschädigung des Kindes vorliegt, die die Voraussetzungen einer Körperverletzung im Sinne des § 223 erfüllt.
Danach wäre also im Falle 4 b) ein Versuch anzunehmen, wenn bei dem Kind infolge des Hungers eine Gesundheitsbeschädigung einsetzt. Zur Ermittlung dieses Zeitpunkts können die Kriterien, die bei § 223 angewendet werden, herangezogen werden.
Dieses Ergebnis beruht auf der noch nicht geprüften Prämisse, daß mit dem Kriterium der Gesundheitsbeschädigung tatsächlich der relevante Zeitpunkt getroffen wird. Dem läßt sich aber entgegenhalten, daß es darauf in Wahrheit gar nicht ankomme. Entscheidend sei vielmehr, daß überhaupt in irgendeiner auf Her-

---

1) ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 231

2) Es wird unterstellt, daß es medizinisch möglich ist, daß ein an sich wirksames Gift in der ersten Dosis noch keinerlei schädliche Wirkung ausübt

beiführung des tatbestandlichen Erfolgs abzielender Weise auf den Körper des Opfers eingewirkt werde. Diese Ansicht würde dazu führen, daß im Giftbeibringungsfall ein Tötungsversuch mit dem Verabreichen der ersten Dosis auch dann vorliegen würde, wenn diese Dosis noch keinerlei gesundheitsschädigende Wirkung hat. Im Beispiel 4 b) wäre von diesem Standpunkt aus ein Versuch in dem Zeitpunkt anzunehmen, zu dem die Mutter die erste planmäßige Mahlzeit ausfallen läßt, obwohl sich zu diesem Zeitpunkt noch keine schädliche Wirkung zeigt.
Es ist sicherlich richtig, daß ein Tötungsversuch vorliegen kann, ohne daß der körperliche Zustand des Opfers in irgendeiner Weise beeinträchtigt wird. Man denke nur an den Mörder kurz vor Abgabe des tödlichen Schusses. Dennoch erscheint es als verfehlt, in den hier erörterten Fällen einen Versuch ungeachtet der noch fehlenden Beeinträchtigung des Opfers anzunehmen. Diese Fälle weisen eine andere Struktur auf als der gerade erwähnte Fall des zum Schuß ansetzenden Mörders. In diesem Fall ist - zumindest nach dem Tatplan - eine akute Lebensgefahr für das Opfer gegeben; der tatbestandliche Erfolg ist unmittelbar zeitlich nahegerückt. Dies rechtfertigt die Annahme eines Versuchs. Wenn es hier überhaupt einen Versuch geben soll, so muß er nunmehr bejaht werden. Anders ist es in den beiden hier zu untersuchenden Fällen. Eine akute Lebensgefahr ist noch nicht vorhanden, der Erfolg steht noch nicht unmittelbar bevor. Dieses Manko wird erst dann ausgeglichen, wenn durch das Verhalten das Opfer in einer auf den Tatbestandserfolg abzielenden Weise beeinträchtigt wird. Erst dann ist eine Versuchsbestrafung gerechtfertigt. Wo weder eine Beeinträchtigung des Opfers noch eine akute Gefahr für den Eintritt des Erfolgs besteht, kann von einem unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung nicht die Rede sein. Demnach ist die Annahme, daß im Mutter-Kind-Fall und im Giftbeibringungsfall der Beginn der körperlichen Beeinträchtigung die Vordergrenze des Versuchs bildet, richtig. Dieser Zeitpunkt ist im Mutter-Kind-Fall nicht identisch mit dem der planmäßigen nächsten Ernährung des Kindes, aber auch nicht mit dem Zeitpunkt, zu dem das Kind erheblich zu leiden beginnt.

Er liegt vielmehr zwischen diesen beiden Zeitpunkten, jedoch erheblich näher an dem ersten. Zur Konkretisierung können, wie schon gesagt, die Kriterien des § 223 herangezogen werden. Diese Übereinstimmung ist keineswegs zufällig. Es zeigt sich vielmehr an ihr, daß in den Fällen dieser Art der Tötungserfolg über das Stadium einer Körperverletzung erreicht werden soll. Darum ist es sachgerecht, bei der Bestimmung des Versuchsbereichs in diesen Fällen auf die Kriterien zurückzugreifen, die zur Bestimmung des Begriffs der Körperverletzung herausgearbeitet worden sind.
Das hier gewonnene Ergebnis scheint im Widerspruch zu den bisherigen Überlegungen zu stehen. Wie schon ausgeführt wurde, kann zu dem als richtig erkannten Zeitpunkt im Fall 4 b) weder von einer Herrschaftsaufgabe noch von einer akuten Lebensgefahr die Rede sein[1]. Diese Kriterien sind aber oben im Anschluß an Roxin als zutreffende Konkretisierung des § 22 bezeichnet worden.

Die Erklärung dieser Diskrepanz liegt darin, daß die genannten Kriterien der Ausfüllung des Begriffs "unmittelbares Ansetzen" dienen, während im Fall 4 b) die M schon mit der Tatbestandsverwirklichung selbst begonnen hat. Sie befindet sich also schon in der dem Ansetzen nachfolgenden Phase. Nach dem oben[2] herausgearbeiteten Begriff der Tatbestandsverwirklichung ist im Mutter-Kind-Fall vom Beginn der körperlichen Beeinträchtigung des Kindes an mit der Ausführung des tatbestandsmäßigen Verhaltens begonnen. Auf die Frage, ob dieses Verhalten als Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung beurteilt werden kann, kommt es gar nicht mehr an, da sich der Täter schon in dem fortgeschrittenen Stadium der Deliktsverwirklichung befindet. Es ist darum nicht verwunderlich, daß die Kriterien, die zur Konkretisierung des Begriffs "unmittel-

---

1) Eine unmittelbare Lebensgefahr dürfte selbst dann noch zu verneinen sein, wenn das Kind erheblich zu leiden beginnt

2) Vgl. oben S.60 ff.

bares Ansetzen" entwickelt wurden, versagen.

Man könnte allerdings einwenden, daß diese Kriterien, die im weiter vorgelagerten Stadium tauglich sein sollen, doch erst recht im späteren Stadium auch zur Annahme eines Versuchs führen müßten. Dieser Einwand ist aber nur zwingend, wenn man die genannten Kriterien als schlechthin abschließende Definition dessen, was den Versuch ausmacht, begreift. Hier wird ihnen aber bewußt nur Erkenntniswert für die Ansatzphase beigemessen, weil die Phase der Tatbestandsverwirklichung anders beschaffen ist. Die Kriterien des Herrschaftsverlusts und der Gefahraktualisierung sind keine Definitionen, sondern Konkretisierungen der gesetzlichen Leitlinie des § 22, d.h. mit ihnen ist der Bereich des Versuchs nicht abschließend, sondern nur für einen beschränkten Anwendungsbereich beschrieben. Zu diesen Kriterien können für anders strukturierte Fälle weitere Kriterien treten. An ein solches System verschiedener Kriterien ist allerdings die Forderung zu stellen, daß es zu Ergebnissen führt, die nicht miteinander in Widerspruch stehen. Maßstab für die Widerspruchsfreiheit ist die übergeordnete Leitlinie, also die Formel des § 22. Daß die einzelnen Kriterien zu Widersprüchen führen, wenn sie auf einen Fall angewendet werden, folgt daraus, daß sie nur einen beschränkten Anwendungsbereich haben.

Gegen das für den Fall 4 b) gefundene Ergebnis kann ein weiterer Einwand erhoben werden, der in der oben[1)] dargelegten Systematik des § 22 begründet ist. Dort ist ausgeführt, daß die Ansatzphase der Phase der Tatbestandsverwirklichung vorausgeht. Wenn nun zu dem Zeitpunkt, wo das Kind infolge des Hungers eine Beeinträchtigung erleidet, M sich in der Phase der Tatbestandsverwirklichung befindet, so müßte sie vorher dazu angesetzt haben, sich also schon vorher eines Versuchs schuldig gemacht zu haben. Demnach wäre doch schon etwa in dem Zeitpunkt, zu dem die Mutter das Kind nach dem üblichen Plan

---

1) Vgl. oben S. 59 f.

hätte ernähren müssen und sie dies unterläßt, eine versuchte Tötung anzunehmen. Dieses Ergebnis ist meines Erachtens aus den schon erläuterten Gründen nicht richtig. Zu diesem Zeitpunkt liegt keine irgendwie geartete Beeinträchtigung des Kindes vor, es besteht auch keine unmittelbare Gefahr, daß es dazu kommt, und M hat das Geschehen völlig in der Hand. Dieses Verhalten schon zu pönalisieren, besteht kein Anlaß. Außer der bösen Absicht der M liegt noch nichts vor.

Dieses Ergebnis läßt sich allerdings nur um den Preis des dargelegten Widerspruchs halten. Man muß also anerkennen, daß es hier keine strafbewehrte Ansatzphase gibt, daß vielmehr der Versuch gleich mit dem Beginn der Tatbestandsverwirklichung einsetzt. Diese Abweichung vom System des § 22 ist meines Erachtens hinzunehmen. Dem Gesetzgeber hat zwar die Vorstellung vorgeschwebt, daß der Phase der Tatbestandsverwirklichung stets die Ansatzphase vorausgehe, aber er hat nicht überprüft, ob dies in allen Fällen zu angemessenen Ergebnissen führt. Sieht man näher zu, so sind auch beim Begehungsdelikt Fälle denkbar, bei denen die Ansatzphase so kurz ist, daß sie praktisch bedeutungslos ist, dort nämlich, wo der Täter ohne Vorbereitung sogleich den Erfolg herbeiführt[1]. Von daher ist es schon fraglich, ob die Systematik des § 22 schlechthin zwingend ist. Im vorliegenden Fall erscheint es auch darum gerechtfertigt, von ihr abzuweichen, weil das als Tatbestandsverwirklichung bezeichnete Verhalten nicht in einem Zug abläuft, sondern in eine Reihe aufeinanderfolgender Verhaltensweisen zerfällt. In den meisten Fällen wird dagegen die Tatbestandsverwirklichung in einem Zug durchgeführt. Wie schon Grünwald hervorgehoben hat, ist dem Mutter-Kind-Fall eine besondere Struktur eigen[2]. Darum ist es nicht verwunderlich, daß er sich in die Systematik des § 22 nicht völlig widerspruchslos einfügt. Nach alledem erscheint es gerechtfertigt, die mehr begriffli-

---

1) Vgl. BECHER, Diss., S. 29 f., der bezüglich des Giftbeibringungsfalles ebenfalls der Ansicht ist, auf das Ansetzen komme es nicht an, da mit dem Beibringen der ersten gesundheitsschädigenden Dosis bereits die Tatbestandshandlung als solche vorgenommen werde

2) GRÜNWALD, JZ 1959, 49

chen Bedenken zugunsten einer materiellen Beurteilung hintanzustellen, zumal § 22, wie schon mehrfach erwähnt, nicht auf die Besonderheiten des Unterlassungsdelikts zugeschnitten ist. Als Ergebnis der Betrachtung des Falles 4 b) kann folgendes festgehalten werden: Die von Roxin vorgeschlagenen Kriterien zur Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung beim Unterlassungsdelikt bedürfen der Ergänzung. Sie können nur dazu herangezogen werden, den Begriff des "unmittelbaren Ansetzens" auszufüllen. Es gibt aber Fälle, bei denen es nicht auf die Frage ankommt, ob der Täter ansetzt, wo es vielmehr darum geht, ob der Täter schon mit der Tatbestandsverwirklichung begonnen hat. Dies ist dann der Fall, wenn durch das Unterlassen eine auf den tatbestandsmäßigen Erfolg abzielende Beeinträchtigung der Integrität des Schutzgutes nicht abgewendet wird. Dieser Fall gibt keinen Anlaß, die von Roxin vorgeschlagenen Kriterien als untauglich zu verwerfen.

V. Fälle einer Selbstbehinderung vor Eintritt der Unterlassungssituation

Als nächste soll eine Konstellation behandelt werden, die besonders schwierige Probleme aufwirft. Es handelt sich um die Fälle, bei denen der Täter vor Beginn der Unterlassungssituation die Herrschaft über den Geschehensablauf aufgibt oder sich die Erfüllung seiner Handlungspflicht erschwert. Als Beispiel dafür sollen die folgenden Abwandlungen des Mutter-Kind-Falles dienen:

1. Fälle einer Herrschaftslockerung

Fall 4 c) Nachdem M das Kind gerade versorgt hat, geht sie zu einer Karnevalsveranstaltung. Sie will die tollen Tage ganz ausnutzen und rechnet damit, erst nach einigen Tagen wieder zu Hause zu sein. Sie erkennt, daß unterdessen das Kind sterben mag.

Dieser Fall ist noch relativ unproblematisch. Als frühestmöglicher Zeitpunkt für die Annahme eines Versuchs kommt der Zeit-

punkt in Betracht, zu dem M das gerade versorgte Kind zurückläßt. In diesem Verhalten könnte man eine Herrschaftsaufgabe sehen, die nach dem hier vertretenen Standpunkt die Annahme eines Versuchs rechtfertigt. Das wäre aber unrichtig. Solange M noch jederzeit nach Hause zurückkehren kann, kann von einer Herrschaftsaufgabe nicht die Rede sein. Die vorliegende Herrschaftslockerung liegt im Rahmen des sozial üblichen Verhaltens. Auch sonst verläßt die Mutter die Wohnung, um Besorgungen zu machen oder aus anderen billigenswerten Gründen. Die Mutter ist nicht verpflichtet, sich ständig in unmittelbarer Nähe des Kindes aufzuhalten. Solange die Herrschaftslockerung nicht weiter geht, als das üblich ist, ist kein Versuch anzunehmen. Solange M also ihrer Verpflichtung, das Kind zu versorgen, ohne Schwierigkeiten nachkommen kann, liegt kein Herrschaftsverlust vor. Indem M sich entfernt, begeht sie daher keinen Versuch. Sie hat zwar Tötungsvorsatz, setzt aber noch nicht unmittelbar zu seiner Verwirklichung an. Solange sich M die Versorgung des Kindes nicht unmöglich macht oder erschwert, verbleibt es daher bei der im vorigen Fall aufgezeigten Versuchsgrenze, dem Beginn der gesundheitlichen Beeinträchtigung des Kindes.

2. Fälle eines Herrschaftsausschlusses

Schwieriger ist folgender Fall zu beurteilen:
Fall 4 d) M entfernt sich so weit, daß sie nach Ablauf einer entsprechenden Zeitspanne keine Möglichkeit mehr hat, das Kind zum nächsten planmäßigen Zeitpunkt zu versorgen.
Ähnlich liegt der in der Literatur oft erwähnte Fall des Weichenstellers, der zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Weiche stellen muß und sich dies dadurch unmöglich macht, daß er sich Stunden vorher so betrinkt, daß er gar nicht mehr in der Lage ist, die Weiche zu bedienen.

a. Die Problematik

Hier ist es erwägenswert, einen versuchsbegründenden Herrschaftsverlust in dem Zeitpunkt anzunehmen, zu dem der Täter die Möglichkeit verliert, die von ihm verlangte Handlung vorzunehmen.

Das stößt jedoch deshalb auf Bedenken, weil M zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht die Pflicht verletzt, das Kind zu ernähren. Zur Ernährung des Kindes ist M erst nach Ablauf einer entsprechenden Zeitspanne von etwa vier Stunden verpflichtet. Nach dem Grundsatz, daß der Versuch frühestens dann beginnen kann, wenn die Handlungspflicht einsetzt, könnte hier also noch kein Versuch angenommen werden. Andererseits ist M zu dem Zeitpunkt, zu dem sie das Kind ernähren müßte, dazu gar nicht in der Lage. Im eigentlichen Sinn unterläßt sie also zu diesem Zeitpunkt nicht, da man nur ein individuell mögliches Verhalten unterlassen kann[1]. Es besteht also das Dilemma, daß zunächst die Pflicht, deren Verletzung der M vorgeworfen werden soll, mangels Aktualisierung noch nicht besteht, und M es später nicht unterläßt, dieser Pflicht nachzukommen.

Es handelt sich hier um einen der actio libera in causa vergleichbaren Fall, der als omissio libera in causa bezeichnet werden kann. Bei der actio libera in causa versetzt sich der Täter in vorwerfbarer Weise in einen Zustand, der die unmittelbare Zurechnung der eigentlich erfolgsauslösenden Handlung ausschließt. Bei der omissio libera in causa vereitelt der Täter seine Eingriffsmöglichkeit, bevor er an sich zum Eingreifen verpflichtet ist. Die besondere Struktur dieser Fälle wirkt sich auch auf die Frage nach dem Beginn des Versuchs aus. Denkbar sind hier im wesentlichen zwei Möglichkeiten. Man kann das defektbegründende Verhalten, also das noch freie Verhalten, als versuchsbegründend ansehen, oder aber das defektbehaftete Verhalten nach den allgemeinen Grundsätzen beurteilen und dabei von dem Defekt absehen. Welche dieser beiden Möglichkeiten vorzugswürdig ist, kann erst beurteilt werden, wenn die Konstruktion der actio bzw. omissio libera in causa, deren Strafbarkeit außer Streit steht, untersucht worden ist. Bei dieser Untersuchung wird sich zeigen, daß die Frage der richtigen Erklärung der actio bzw. omissio libera in causa eng mit der Versuchsfrage verknüpft ist.

---

1) Auch wer wie BAUMANN, AT, § 16 II 4, S. 200 ff. zum Begriff des Unterlassens nicht die Möglichkeit der Vornahme der konkreten Handlung fordert, entgeht dem hier aufgezeigten Dilemma nicht. Es verschiebt sich lediglich in den Bereich der Schuld, da für Baumann das Unterlassen einer konkret unmöglichen Handlung nicht schuldhaft ist

b. Die actio bzw. omissio libera in causa

Die Figur der actio libera in causa ist lange als unproblematisch empfunden worden[1]. Das hat sich in den letzten Jahren geändert[2]. Von der überkommenen und heute noch herrschenden Ansicht[3] wird die Strafbarkeit der actio libera in causa mit der sogenannten Vorverlegungstheorie[4] begründet.

aa. Die Vorverlegungstheorie

Was damit gemeint ist, soll an folgendem Beispiel erläutert werden:

> A will B umbringen. Da er sich dazu in nüchternem Zustand nicht aufraffen kann, beschließt er, sich zu betrinken und dann den Mordplan auszuführen. So geschieht es. Als A den B tötet, ist er nicht zurechnungsfähig.

Als Anknüpfungspunkte für die strafrechtliche Beurteilung kommen hier zwei Verhaltensweisen in Betracht, die defektbehaftete actio - die eigentliche Tötungshandlung - und die defektbegründende causa - das Betrinken. Nach der Vorverlegungstheorie ist das letztgenannte Verhalten das strafrechtlich allein relevante. Die Defekttat selbst kann nicht Anknüpfungspunkt der strafrechtlichen Bewertung sein, weil der Täter nicht zurechnungsfähig ist. Die Defekttat ist Tat ohne Schuld. Der vorher vorhandene Vorsatz ändert daran nichts, weil er zeitlich nicht mit der Defekttat zusammenfällt. Das

---

1) Kritisch schon im Jahre 1905 KATZENSTEIN, Straflosigkeit, passim, bei dem sich weitgehend die Argumente der heutigen Kritiker finden

2) Kritisch HRUSCHKA, JuS 68,554 ff. und SchZStR 90 (1974), 48 ff.; JESCHECK, AT, § 40 VI, S. 334 f. anders noch in der 1. Aufl.; WELP, Grundlage, S. 135 f.; HORN, GA 1969, 289 ff.

3) LK (LANGE), StGB, § 51 Rdnr. 73 f.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 51 Rdnr. 36 ff.; MAURACH, JuS 1961,373 ff.; BAUMANN, AT, § 23 III 1, S. 370 f.; MEZGER-BLEI, AT, S. 185 f. § 60 I; STRATENWERTH, AT, Rdnr. 572 ff.; SCHMIDHÄUSER, AT, 10/23, S. 299; SCHWINGHAMMER, Diss., S. 29 ff.

4) Der Ausdruck stammt von HRUSCHKA, JuS 1968,556

Erfordernis des zeitlichen Zusammenfalls von Vorsatz und Tat entnehmen die Vertreter der Vorverlegungstheorie den §§ 20, 21 (§ 51 a.F.). Nach der Vorverlegungstheorie bereitet die Unmöglichkeit, an die Defekttat anzuknüpfen, aber keine Schwierigkeiten, das Verhalten des Täters dennoch strafrechtlich zu erfassen, weil man an den Zeitpunkt der Defektbegründung anknüpfen könne. Dieses Verhalten wird als die eigentliche Tatbegehung angesehen[1]. Da der Täter zu diesem Zeitpunkt noch zurechnungsfähig ist, ist die Forderung der §§ 20, 21 nach Koinzidenz von Tatbegehung und Schuld erfüllt.

Diese Argumentation ist aber nur möglich, indem die Tatbegehung auf den Gesichtspunkt der Kausalität reduziert wird. Sehr deutlich wird dies in der Formulierung Bindings, durch die Defektbegründung setze der Täter schuldhaft die Ursache der Ursache und die causa causae sei causa causatis[2].
Die These der Vorverlegungstheorie, daß bei der actio libera in causa die Tat durch die Defektbegründung begangen werde, setzt den Nachweis voraus, daß dieses Verhalten alle Merkmale des Delikts mit Ausnahme des tatbestandlichen Erfolgs aufweist. Die Defektbegründung muß also tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft sein[3]. Hruschka hat zu Recht darauf aufmerksam gemacht, daß die Vertreter der Vorverlegungstheorie gar nicht mehr prüfen, ob die Defektbegründung diesen Anforderungen tatsächlich genügt. Zweifelhaft ist indes schon die Tatbestandsmäßigkeit dieses Verhaltens.

---

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 51 Rdnr. 36; BAUMANN, AT, § 23 III 1, S. 370 f. SCHMIDHÄUSER, AT, 10/23, S. 299; LK (LANGE), StGB, § 51 Rdnr. 73 f.; BGHSt 17,333 (334 f.). Für die Fälle des Ausschlusses der Handlungsfähigkeit auch MAURACH, JuS 1961,374; STRATENWERTH, AT, Rdnr. 576

2) BINDING, Normen II 1, S. 619. Vgl. auch BAUMANN, AT, § 23 III 1, S. 370 f., der ausdrücklich darauf hinweist, daß diese Erklärung der actio libera in causa nur auf der Grundlage eines weiten, kausalen Handlungsbegriffs möglich ist

3) HRUSCHKA, JuS 1968,556

bb. Einwände gegen die Vorverlegungstheorie

Die Tatbestandsmäßigkeit der Defektbegründung

Als tatbestandsmäßig kann die Defektbegründungshandlung allenfalls dann angesehen werden, wenn man den Begriff der tatbestandsmäßigen Handlung auf die Verursachung des Erfolgs reduziert, wie es Binding getan hat. Aber selbst von diesem in der Literatur heute überwiegend abgelehnten Ausgangspunkt[1] aus kann die Strafbarkeit der actio libera in causa mit der Vorverlegungstheorie nur bei den reinen Erfolgsdelikten erklärt werden. Bei Delikten, die neben der Erfolgsherbeiführung eine bestimmte Verhaltensweise als unrechtsbegründend voraussetzen, versagt dieser Ansatz[2]. Denn die bei diesen Delikten vorausgesetzte besondere Verhaltensweise weist die Defektbegründung in den Fällen der actio libera in causa in der Regel nicht auf. Das wird an folgendem Beispiel deutlich:

> A ist ein Exhibitionist. Er beabsichtigt, sich in einem Park öffentlich zu entblößen. Um seine Hemmungskräfte zu überwinden, betrinkt er sich bis zur Schuldunfähigkeit. Anschließend führt er seinen Plan aus.

Es ist deutlich, daß in diesem Verhalten das Betrinken, die Defektbegründung, nicht den in § 183 I geforderten spezifischen Verhaltensunwert aufweist. Das Betrinken ist keine exhibitionistische Handlung. Die Vorverlegungstheorie kann hier die Strafbarkeit des A nicht erklären. Sie versagt in Fällen dieser und ähnlicher Art. Schon darum ist sie fragwürdig.
Aber auch in den verbleibenden Fällen, bei den reinen Erfolgsdelikten, sind Zweifel an der Richtigkeit der Vorverlegungstheorie angebracht. Welp hat darauf aufmerksam gemacht, daß es fragwürdig ist, die Beziehung zwischen der Defektbegründung,

---

1) Einen rein kausalen Handlungsbegriff vertreten nur noch BAUMANN, AT, § 16 II, S. 193 ff. und SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, Rdnr. 25 ff. vor § 1

2) Das gesteht HORN, GA 1969,303 ff. zu

dem Betrinken und dem durch die Defekttat bewirkten Erfolg als Kausalbeziehung aufzufassen, wie es die Vorverlegungstheorie tut[1]. Die durch das Betrinken hervorgerufene Verfestigung des Verbrechensentschlusses und seine Ausführung im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit sind komplexe psychische Sachverhalte, die mittels der Kategorie der Kausalität zumindest nicht adäquat erfaßt werden[2]. Nur dort, wo der Täter durch den Defekt nicht auf seine Psyche, sondern auf seine Körperlichkeit einwirkt, kann die Kausalkategorie sinnvollerweise verwendet werden. Dazu führt Welp das Beispiel eines Ladenjungen an, der sich inmitten der wertvollen Porzellanausstellung seines Lehrherrn betrinkt, um sie beim Verlassen durch die vorausgesehenen Torkelbewegungen zu zerstören[3]. Hier liegt der in die Deliktsverwirklichung einbezogene Defekt in der Körperlichkeit des Täters. Daher kann davon gesprochen werden, das Betrinken sei kausal für die Zerstörung des Porzellans. Die Behauptung, die Defektbegründung sei für den schließlich eingetretenen tatbestandsmäßigen Erfolg kausal, trägt im übrigen nicht den Schluß, die Defektbegründung sei die Tatbegehung.
Das wird daran deutlich, daß nur dann, wenn das nachfolgende Defektverhalten ein aktives Tun ist, die Bestrafung des Täters nicht vom Vorliegen einer Garantenstellung abhängig gemacht wird. Ist das Verhalten im Defekt dagegen ein Unterlassen (omissio libera in causa), wie im Falle des sich betrinkenden Weichenstellers, wird die Bestrafung des Täters vom Vorliegen einer Garantenstellung abhängig gemacht. Hierin liegt eine Abweichung vom Ausgangspunkt der Vorverlegungstheorie, wonach Anknüpfungspunkt der strafrechtlichen Bewertung allein die Defektbegründung sein soll. Von diesem Ausgangspunkt her ist nicht einzusehen, inwiefern Unterschiede beim Defektverhalten

---

1) WELP, Grundlage, S. 136 f.

2) Zur Inadäquanz der Kausalkategorie bei der Erfassung psychischer Abläufe vgl. schon oben S. 27 f.

3) WELP, Grundlage, S. 137 FN 153

bedeutsam sein sollen. Die Vertreter der herrschenden Meinung stehen also vor der Aufgabe, zu erklären, warum die Strafbarkeit eines aktiven, kausalen Verhaltens vom Vorliegen einer Garantenstellung abhängt[1]. Bertel versucht dies dadurch zu erklären, daß er annimmt, die Defektbegründung eines Nichtgaranten sei im Falle eines nachfolgenden Unterlassens wegen fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhanges von den Normen des Besonderen Teils ausgenommen[2]. Roxin nimmt an, es handele sich hier um ein durch aktives Handeln begangenes Unterlassungsdelikt[3]. Damit ist aber keine Begründung gegeben, sondern nur das Problem anders formuliert. Es soll hier nicht untersucht werden, ob diese Konstruktionen die aufgezeigte Diskrepanz zutreffend zu erklären vermögen[4]. Wichtig ist in diesem Zusammenhang nur der Nachweis, daß auch die Vertreter der Vorverlegungstheorie entgegen ihrem Ausgangspunkt bei der Erklärung der Strafbarkeit der actio bzw. omissio libera in causa nicht ohne einen Rückgriff auf das Defektverhalten auskommen. Auch sie müssen anerkennen, daß die Art des Defektverhaltens, Tun oder Unterlassen, über die Strafbarkeit der Defektbegründung entscheidet. Das läßt die These der Vorverlegungstheorie, durch die Defektbegründung werde das Delikt begangen, zweifelhaft erscheinen. Hruschka hat auf eine weitere Unzulänglichkeit der Vorverlegungstheorie aufmerksam gemacht. Wenn man die Prämisse dieser Theorie, die Defektbegründung sei für den schließlich eingetretenen Erfolg kausal, akzeptiert, ist damit noch nicht der Nachweis erbracht, daß durch dieses Verhalten der Tatbestand des in Rede stehenden Delikts verwirklicht wird. Denn die Kausalität eines Verhaltens ist nur die notwendige, aber keineswegs für sich eine ausreichende Bedingung für die Tatbestandsmäßigkeit dieses Verhaltens[5]. Auch eine Vorbereitungshandlung kann

---

1) WELP, Grundlage, S. 136

2) BERTEL, JZ 1965, 54

3) ROXIN, Festschrift-Engisch, S. 383 f.; ANDROULAKIS, Studien, S. 152 ff.

4) Kritisch dazu HERZBERG, Garantenprinzip, S. 36 ff. Vgl. auch unten S. 134 f.

5) HRUSCHKA, JuS 1968,557; KATZENSTEIN, Straflosigkeit, S. 49 f. und 61

für den Erfolg kausal sein; in der Regel ist sie es auch. Mit der Behauptung der Kausalität ist daher die Tatbestandsmäßigkeit der Defektbegründungshandlung nicht dargetan. Dazu bedarf es des Nachweises, daß dieses Verhalten sich schon als ein Körperverletzungs-, Tötungs-, Sachbeschädigungsverhalten usw. darstellt. Diese Konturierung fehlt der Defektbegründung jedoch. Es liegt noch keine Einwirkung auf das Schutzgut vor, dieses ist in den meisten Fällen auch noch nicht unmittelbar gefährdet. Die Defektbegründung erscheint zunächst noch als ein tatbestandlich irrelevantes Verhalten.

cc. Die Konstruktion der actio bzw. omissio libera in causa und das Versuchsproblem

An dieser Stelle zeigt sich ein enger Zusammenhang mit der hier untersuchten Frage nach dem Beginn des Versuchs. Wenn bei der actio libera in causa tatsächlich das Delikt durch die Defektbegründung begangen wird, dann muß dieses Verhalten schon als ein Versuch des entsprechenden Delikts angesehen werden können. Denn nach der Prämisse der Vorverlegungstheorie ist mit der Defektbegründung schon der ganze Tatbestand mit Ausnahme des Erfolgs verwirklicht. Damit ist aber entschieden, daß bereits ein Versuch vorliegen muß; der Täter hat alles getan, was nach dieser Meinung seine Strafbarkeit begründet[1].

Bedeutsam ist, daß dieses Ergebnis zwingend aus der Konstruktion der Vorverlegungstheorie folgt. Eines Rückgriffs auf die zur Bestimmung des Versuchsbeginns entwickelten Kriterien bedarf es nicht.

---

1) Ein Versuch muß hier auch nach der Ansicht ROXINS, Festschrift-Maurach, S. 213 ff. angenommen werden. Danach liegt zwar nicht notwendig mit dem Abschluß der Täteraktivität ein Versuch vor; ein Versuch ist aber dann zu bejahen, wenn der Täter wie hier die Herrschaft über das Geschehen aufgibt

Diese Konsequenz der Vorverlegungstheorie wird nur selten gesehen[1]. Die Vertreter der herrschenden Ansicht kommen vielmehr bei der Beurteilung der Frage, wann in den Fällen der actio libera in causa der Versuch beginnt, unter Anwendung der allgemeinen Kriterien zu durchaus verschiedenen Ergebnissen. Zum Teil nehmen sie an, der Versuch beginne mit der Defektbegründung[2], zum Teil setzen sie den Versuchsbeginn auf einen späteren Zeitpunkt fest[3] oder differenzieren nach der Art des Defekts[4]. Sie übersehen aber dabei völlig, daß es nach der Vorverlegungstheorie keiner Anwendung der Versuchsregeln bedarf, weil durch sie das Ergebnis bereits präjudiziert ist. Diejenigen Vertreter der herrschenden Ansicht, die nicht in allen Fällen einen Versuch schon mit der Defektbegründung annehmen, bekräftigen damit die oben geäußerten Bedenken. Wenn nämlich die Defektbegründung nach den allgemeinen Versuchsregeln nicht einmal als Versuch anzusehen ist, weist sie nicht die über die Kausalität hinausgehende Kontur auf, die eine Tatbestandshandlung von einer bloßen Vorbereitungshandlung abhebt.

---

1) HRUSCHKA, JuS 1968,557; KATZENSTEIN, Straflosigkeit, S. 49 ff.; HORN, GA 1969, 289. LENCKNER, GA 1961,304 und ROXIN, ZStW 75 (1963), 553 ff., behandeln dieses Problem im Rahmen der sogenannten actio illicita in causa, die nach LENCKNER ein Analogon zur actio libera in causa ist. Beide erkennen die Präjudizierung der Versuchsfrage durch die Vorverlegungstheorie, ziehen aber keine Konsequenzen

2) DREHER, StGB, § 20, Anm. 7; BAUMANN, AT, § 23 III 1, S. 371

3) STRATENWERTH, AT, Rdnr. 576; SCHWINGHAMMER, Diss., S. 40 f.

4) MAURACH, JuS 1961,376 unterscheidet danach, ob der Täter seine Handlungsfähigkeit oder nur seine Zurechnungsfähigkeit ausschließt. Im ersten Fall soll der Versuch in dem Zeitpunkt beginnen, zu dem er ohne den Defekt beginnen würde. Im zweiten Fall soll der Versuch mit der Defektbegründung beginnen. Dabei wird nicht ganz deutlich, ob dies nur gelten soll, wenn es sich bei dem im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit an den Tag gelegten Verhalten um ein Tun handelt. Aus dem Zusammenhang kann dies jedoch geschlossen werden. Genau umgekehrt differenziert SCHRÖDER, SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 43 Rdnr. 17,17 a. Ist das Defektverhalten ein Tun, so soll der Versuch erst während des Defekts beginnen. Handelt es sich um ein Nichttun, so soll der Versuch mit der Defektbegründung einsetzen. So auch JESCHECK in der 1. Auflage seines Lehrbuchs, AT, § 49 VII 4, S. 348 und wohl auch LK (Lange), StGB, § 51 Rdnr. 73. Ebenfalls differenzierend WELP, Grundlage, S. 136 ff.

Die für die Vorverlegungstheorie entscheidende Frage kann also anhand der Versuchslehre beantwortet werden. Wenn sich bei der Anwendung der zum Versuchsbeginn entwickelten Kriterien zeigt, daß die Defektbegründung als Versuch anzusehen ist, können unter Umständen die übrigen Bedenken gegen die Vorverlegungstheorie wenigstens für den Bereich der reinen Erfolgsdelikte zurückgestellt werden, da sich dann die Prämisse der Vorverlegungstheorie, daß bei der actio libera in causa die causa als Tatbegehung anzusehen ist, wenigstens teilweise als richtig erweisen würde.

Zweifel daran, daß die causa die notwendige Konturiertheit aufweist, ergeben sich schon daraus, daß die meisten Vertreter der Vorverlegungstheorie zumindest für einen Teil der Fälle den Versuchsbeginn erst nach der Defektbegründung einsetzen lassen wollen[1]. Baumann erklärt offen, bei einem nicht auf die Kausalität beschränkten Tatbestandsbegriff könne das Sichbetrinken keinesfalls als Ansetzen zur Verwirklichung etwa einer vorsätzlichen Tötung angesehen werden. Er fährt wörtlich fort: "Schließlich hat Sichbetrinken nichts mit Töten oder Körperverletzen zu tun, ist auch niemals (!) das 'unmittelbare Ansetzen' zur Verwirklichung des Tatbestandes im Sinne des § 22 StGB"[2]. Wenn dieses Urteil zutrifft, was sogleich zu untersuchen ist, ist der Stab über die Vorverlegungstheorie gebrochen. Die Baumann offenbar vorschwebende Möglichkeit, mittels eines weiten, auf die Kausalität reduzierten Tatbestandsbegriffs die Vorverlegungstheorie zu halten, führt nicht zum Ziel. Ein Tatbestandsbegriff, der ausschließlich auf die Kausalität beschränkt ist, kann nicht vertreten werden. Die Folge einer solchen Begriffsbildung ist nämlich, daß es keine straflosen Vorbereitungshandlungen gibt, denn auch Vorbereitungshandlungen sind für den Erfolg kausal. Dieses Ergebnis will wohl auch Baumann nicht. Die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens kann nur bejaht werden, wenn diesem Verhalten eine über die Kausalität hinausgehende Konturiertheit eignet. Wenn nun aber in dem Sichbetrinken,

---

1) Vgl. die Nachweise in den Fußnoten 3 und 4 auf S. 118

2) BAUMANN, AT, § 23 III 1, S. 370 f.

wie Baumann sagt, n i e m a l s ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 22 gesehen werden kann, ist nicht erfindlich, wie dieses Verhalten dann der Anknüpfungspunkt der strafrechtlichen Beurteilung sein kann[1]. Im folgenden wird untersucht, ob Baumanns Behauptung, die Defektbegründung könne niemals ein unmittelbares Ansetzen im Sinne des § 22 sein, zutrifft. Diese Frage hat sich als ein Prüfstein für die Vorverlegungstheorie erwiesen. Bei dieser Untersuchung sind zwei Dinge zu beachten: Man wird danach differenzieren müssen, welcher Art der Defekt ist, ob nämlich der Täter seine Zurechnungsfähigkeit zu vermindern oder auszuschließen trachtet oder ob er sogar seine Handlungsfähigkeit ausschließen will. Diese Differenzierung schließt nicht aus, daß man am Ende alle diese Fälle gleich behandelt. Zweitens ist zu untersuchen, ob ein Versuch deshalb vorliegt, weil der Täter zur Tatbestandsverwirklichung a n s e t z t oder weil er schon die Tatbestandshandlung s e l b s t verwirklicht. Wenn in der Defektbegründung ein Versuch deswegen liegt, weil der Täter damit zur Tatbestandsverwirklichung a n s e t z t, so ist die Vorverlegungstheorie schon nicht mehr konsequent durchgeführt, weil damit zugestanden wird, daß die eigentliche Tatbestandsverwirklichung im Defektzustand geschieht.

(1) Die Defektbegründung als Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 22 StGB

Die Frage, ob der Täter durch die Defektbegründung schon die eigentliche Tatbestandshandlung verwirklicht, läßt sich rasch beantworten. Sie muß verneint werden. Bei aller Unklarheit, die über den Begriff der Tatbestandshandlung herrscht, ist doch anerkannt, daß nicht jede Erfolgsverursachung darunter fällt. Die Tatbestandshandlung muß vielmehr, wie schon ausgeführt, gewisse Konturen aufweisen. Sie muß als Tötungs-, Verletzungs-, Beschädigungs-, Wegnahmehandlung usw. gekennzeichnet sein. Schon

---

1) Die Vorverlegungstheorie verlangt an sich, daß durch die Defektbegründung der Tatbestand schon verwirklicht wird und nicht dazu erst angesetzt wird

Beling hat ausgeführt, daß der Ausdrucksweise des Gesetzes eine sehr viel konzentriertere Vorstellung als die reine Verursachung zugrundeliegt, wenn es vom Töten usw. spricht[1]. Die Konturen der tatbestandsmäßigen Handlung sind von der formal-objektiven Versuchslehre[2] und im Zusammenhang mit der Tatherrschaftslehre herausgearbeitet worden. Ohne daß hier auf Einzelheiten eingegangen werden soll, kann doch gesagt werden, daß als tatbestandsmäßig in diesem Sinn eine Handlung nur angesehen werden kann, wenn sie den Erfolg unmittelbar ohne weitere selbständige Zwischenursachen herbeiführt oder damit eine unmittelbare Sinneinheit bildet[3]. Der Sprachgebrauch ist hier ein Hilfsmittel. Wenn auch diesen Kriterien eine nicht zu leugnende Unsicherheit anhaftet, so kann hiernach die Defektbegründung nicht als tatbestandsmäßige Handlung angesehen werden[4]. Damit wird noch nicht unmittelbar der tatbestandsmäßige Erfolg herbeigeführt. Der Täter tritt noch nicht einmal mit dem Schutzgut in einen äußerlich erkennbaren Kontakt. Die Defektbegründung erscheint als ein Teil der der Verwirklichung des Tatbestandes vorangehenden Phase[5].

(2) Defektbegründung als unmittelbares Ansetzen im Sinne des § 22 StGB

Es bleibt aber noch die Möglichkeit, die Defektbegründung deswegen als Versuch anzusehen, weil der Täter damit zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar ansetzt. Die Ansatzphase ist, wie oben dargelegt wurde, die der Verwirklichung des Tatbestandsverhaltens unmittelbar vorausgehende Phase und bildet die Vordergrenze des Versuchs. Die Frage, ob die Defektbegründung als unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung angesehen werden kann, ist zweckmäßigerweise für die einzelnen Fallgruppen getrennt zu untersuchen. Dabei ist zu unterscheiden, ob das Defektverhalten ein Tun oder Nichttun sein soll und welcher Art der Defekt ist.

---

1) BELING, Methodik, S. 96

2) Vgl. dazu v. LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, S. 182 und 305

3) ROXIN, Täterschaft, S. 302 ff.

4) Aufschlußreich ist die Bemerkung DREHERS, StGB, § 20 Anm. 7, der meint, an sich sei die Defektbegründung tatbestandsneutral

5) HRUSCHKA, JuS 1968,557; WELP, Grundlage, S. 136

2.1. Das Defektverhalten ist ein Tun

Ist das Defektverhalten ein Tun, so kommen als Defekte nur die Minderung und der Ausschluß der Schuldfähigkeit in Betracht[1]. Es empfiehlt sich, zunächst den Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit zu behandeln, da damit das Ergebnis auch für die Minderung der Zurechnungsfähigkeit jedenfalls dann feststeht, wenn ein Ansetzen verneint wird.
Als Beispiel für diese Konstellation kann der oben[2] geschilderte Fall dienen, bei dem sich A in einen Rausch versetzt, um anschließend seinen Feind B zu töten. In der Literatur sind hier die Ansichten zur Versuchsfrage geteilt. Dreher, Baumann, Roxin und Maurach sehen das Betrinken schon als ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung an[3]. Anderer Ansicht sind Stratenwerth, Schwinghammer, Welp, Schröder und Lange[4].
Roxin befürwortet die Annahme eines Versuchs deshalb, weil mit dem Eintritt der Zurechnungsunfähigkeit der Täter seinem Entschluß ausgeliefert sei. Es unterliege nicht mehr seiner verantwortlichen Entscheidung, ob er sich seinen vorher gefaßten Plänen in den Weg stelle. Ein Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung wird hier also deshalb bejaht, weil der Täter gegenüber den in Gang gesetzten psychischen Prozessen möglicherweise als Kontrollinstanz ausfällt. Damit hat der Täter das getan, was er nach seinem Tatplan in noch verantwortlichem Zustand tun wollte. Die Position des Schutzguts ist dadurch berührt, daß es nunmehr dem Zufall überlassen ist, ob der frei gefaßte Entschluß im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit bestehen bleibt oder entfällt.
Diese Argumentation ist nicht von der Hand zu weisen. Dennoch bleibt ein Unbehagen bestehen, das Welp in die Frage gekleidet

---

1) Von der Möglichkeit des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit oder des Vorsatzes - vgl. dazu das Beispiel MAURACHS, JuS 1961,374 - wird hier abgesehen, da die damit verbundenen Probleme außerhalb des Themas liegen

2) Siehe oben S. 112

3) DREHER, StGB, § 20 Anm. 7.; BAUMANN, AT, § 23 III 1, S. 371.; MAURACH, JuS 1961,377; ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 230

4) STRATENWERTH, AT, Rdnr. 576; SCHWINGHAMMER, Diss., S. 40 f.; WELP, Grundlage, S. 136 f.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 43 Rdnr. 17; LK (Lange), StGB, § 51 Rdnr. 73

hat, ob denn der Griff zur Flasche je nach der Willensrichtung des Täters ein Versuch des Mordes, des Hochverrats, des Diebstahls usw. sein könne[1]. Hinter dieser Frage verbergen sich zwei Einwände. Zum einen der, daß die an sich neutrale Handlung des Sichbetrinkens nicht als Beginn einer Tötungshandlung usw. angesehen werden könne, da dieses Verhalten so neutral sei, daß aus ihm auf keinen verbrecherischen Willen des Täters geschlossen werden könne. Dieser Einwand ist jedoch nicht beweiskräftig, da anerkannt ist, daß auch neutrale und ambivalente Verhaltensweisen entsprechend den Vorstellungen des Täters als rechtlich irrelevante Vorbereitungshandlungen oder als Versuch dieses oder jenes Delikts zu qualifizieren sind. Dies ist eine Folge der Berücksichtigung der Tätervorstellung. Die Lehre vom dolus ex re, nach der es darauf ankam, ob das Verhalten des Täters den Eindruck eines kriminellen Tuns macht, ist überwunden[2].
In Welps Frage steckt jedoch auch der Einwand einer äußeren und inneren Tatferne, die es ausschließt, das Betrinken als unmittelbares Ansetzen zur Tat anzusehen.

Wenn man als unmittelbares Ansetzen nur solche Verhaltensweisen begreift, die in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Tatbestandsverwirklichung stehen[3], kann man hier keinen Versuch annehmen. Aber auch wenn man das Kriterium des unmittelbaren Ansetzens nicht auf einen unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang beschränkt, bleiben Bedenken bestehen, ob die von Roxin aufgewiesenen Gegebenheiten - mögliche Fixierung des Vorsatzes und die dadurch bewirkte Beeinträchtigung der Opferposition - ausreichen, schon einen Versuch und nicht nur eine Vorbereitungshandlung anzunehmen. Es fehlt noch an einer äußeren Beziehung zum Opfer. Es handelt sich um einen Vorgang, der der inneren Tatseite zuzurechnen ist. Hruschka sagt, es gehe noch nicht um die Realisierung des Deliktsplans, sondern

---

1) WELP, Grundlage, S. 135

2) Vgl. dazu DELAQUIS, Versuch, S. 207

3) JESCHECK, AT, § 49 IV 3, S. 392; WELZEL, Lehrbuch, S. 190; BECHER, Diss., S. 34 ff.

um dessen Konstituierung[1]. Zum Vergleich führt er den Fall der Verbrechensverabredung an (§ 30 II 3. Alt.), die ebenfalls nur ein Akt der Konstituierung des Deliktsplans sei. Die von Roxin zur Begründung des Versuchscharakters der Defektbegründungshandlung herangezogenen Gesichtspunkte liegen bei der Verbrechensverabredung ebenfalls vor. Mit der Verbrechensverabredung gerät der Plan aus der alleinigen Kontrolle des Täters. Darin liegt der Strafgrund dieses Verhaltens[2]. Aus diesem Verlust der alleinigen Kontrolle resultiert eine entsprechende Beeinträchtigung der Opferposition. Dennoch kann nicht die Rede davon sein, daß schon ein Versuch des Delikts, zu dem eine Verabredung erfolgt, vorliegt. Diese Überlegung spricht gegen die Annahme, mit der Defektbegründung setze der Täter unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an.

Der Verdacht, daß die Bejahung eines Versuchs schon in diesem Zeitpunkt von der Überlegung beeinflußt wird, später scheide ein Versuch wegen der Nichtzurechenbarkeit des Defektverhaltens aus, ist nicht von der Hand zu weisen. Das wird besonders deutlich bei Maurach, der ausführt, an sich sei die Defekthandlung die tatbestandsmäßige und mit natürlichem Vorsatz verwirklichte Handlung. Die Defektbegründung müsse aber deshalb als Anfang der Ausführung angesehen werden, weil sonst die actio libera in causa ihrer Aufgabe nicht gerecht werden könne, das Unwerturteil "vorsätzliche Tatbegehung" für das Verhalten des Täters zu begründen[3]. Diese Argumentation ist bedenklich. Die Frage, ob ein Versuch vorliegt, ist nach den dafür entwickelten Kriterien und nicht danach, ob sonst die actio libera in causa nicht konstruierbar ist, zu beantworten.

Um derartige Erwägungen auszuschalten und die wahre Problematik der actio libera in causa deutlich zu machen, hat Hruschka die Frage gestellt, ob wohl in der Defektbegründung ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung gesehen

---

1) HRUSCHKA, JuS 1968, 557 und SchZStR 90 (1974), 65

2) Vgl. nur SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 49 a Rdnr. 3

3) MAURACH, JuS 1961, 377

würde, wenn es eine das Koinzidenzprinzip des § 20 (§ 51 a.F.) einschränkende Norm gebe, wonach die Schuld nicht zur Tatzeit vorliegen muß, wenn der Täter seine Zurechnungsfähigkeit im Hinblick auf das Delikt ausschließt[1]. Wenn man das Vorhandensein einer solchen Norm unterstellt, ist gewährleistet, daß die Versuchsfrage nicht mit der Frage der Konstruierbarkeit der actio libera in causa vermengt, sondern vorurteilsfrei gemäß ihren eigenen Kriterien geprüft wird. Das schließt natürlich eine Berücksichtigung des Defekts nicht aus. Hruschka vermutet aber, daß niemand auf die Idee käme, die Defektbegründung als Versuchsbegründung anzusehen, wenn es eine solche den § 20 einschränkende Norm gäbe[2].

Bei dieser Betrachtungsweise, die methodisch allein angemessen ist, fällt es in der Tat schwer, die Defektbegründung als Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung anzusehen. Wie schon ausgeführt, handelt es sich um einen Akt der Deliktskonstituierung, um eine Interferenzerscheinung.

Die Annahme, mit der Defektbegründung betrete der Täter bereits den Bereich des Versuchs, ist auch ihrer Konsequenzen wegen bedenklich.

---

1) HRUSCHKA, JuS 1968,557

2) Interessant ist ein Blick auf das schweizerische Strafrecht, das in Art. 12 SchStGB bestimmt, die Art. 10 und 11, die den §§ 20 und 21 unseres StGB entsprechen, seien nicht anwendbar, wenn die schwere Störung oder die Beeinträchtigung des Bewußtseins vom Täter selbst in der Absicht herbeigeführt wurde, in diesem Zustand die strafbare Handlung zu verüben. Diese Regelung wird in der schweizerischen Literatur als überflüssig empfunden, da man mittels der Vorverlegungstheorie auch ohne den Art. 12 die Strafbarkeit begründen könne. Vgl. dazu THORMANN-V. OVERBECK, StGB, AT, S. 77 und HAFTER, Lehrbuch, S. 112 und HRUSCHKA, SchZStR 90 (1974), 48 ff. mit weiteren Hinweisen auf das schweizerische Schrifttum. Eine ausführliche Stellungnahme zum Versuchsbeginn bei der actio libera in causa ist nicht ersichtlich. Lediglich THORMANN-V. OVERBECK, a.a.O., S. 78, bejahen ohne nähere Begründung einen Versuch schon mit der Defektbegründung
Die Geringschätzung des Art. 12 SchStGB in der schweizerischen Literatur dürfte wohl darauf beruhen, daß hier nur die absichtliche Herbeiführung des Defekts erfaßt wird. Zur Lösung der übrigen Vorsatzfälle und der fahrlässigen actio libera in causa glaubt man offenbar, zur Vorverlegungstheorie Zuflucht nehmen zu müssen

Das zeigt sich, wenn man die Konsequenzen der Vorverlegungstheorie für den Rücktritt betrachtet. Zur Verdeutlichung soll der oben[1] geschilderte Fall dahin abgewandelt werden, daß A im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit euphorisch wird und sich mit seinem Feind B versöhnt.
Es ist hier offensichtlich unangemessen, den A wegen eines versuchten Totschlags oder Mordes zu bestrafen. Wenn man jedoch die Defektbegründung als Versuch dieses Delikts ansieht, läßt sich die Straflosigkeit nur begründen, wenn man das Verhalten des A im Rauschzustand als Rücktritt auffaßt. Das ist jedoch von keinem der heute zur Begründung des Rücktrittsprivilegs vertretenen Standpunkte her möglich. Dazu werden im wesentlichen drei Ansichten vertreten. Nach der einen soll die Erlangung von Straffreiheit dem Täter einen Anreiz zur Rückkehr in die Legalität geben[2], nach der anderen soll das im freiwilligen Rücktritt liegende Verdienst des Täters belohnt werden[3], nach der dritten schließlich soll mit der Straflosigkeit auf die zutage getretene geringe Strafwüdigkeit des Täters reagiert werden[4].
Nach den Prämissen der Vorverlegungstheorie ist der "Rücktritt" im Defektzustand aber eine unfreie Handlung. Dieses unfreie Verhalten kann weder als Reaktion auf die verheißene Straffreiheit, noch als verdienstliches Verhalten des Täters, noch als Indiz für eine mindere kriminelle Energie, die das Strafbedürfnis entfallen läßt, angesehen werden. Die Vorverlegungstheorie müßte den "Rücktritt" im Defektzustand vielmehr als einen Fehlschlag des in freiem Zustand begonnenen Delikts begreifen und also zur Strafbarkeit des unfrei "zurücktretenden"Täters kommen. Das wird besonders deutlich, wenn man die actio libera in causa als eine Art mittelbarer Täterschaft beurteilt, bei der sich der Täter selbst als unfreies Werkzeug einsetzt[5]. Für

---

1) Siehe oben S. 112

2) MAURACH, AT, § 41 V A, S. 518; KOHLRAUSCH-LANGE, StGB, § 46 I

3) BAUMANN, AT, § 34 I 1, S. 524; JESCHECK, AT, § 51 I 3, S. 407; BOCKELMANN, Untersuchungen, S. 181 ff.; LK (Busch), StGB, § 46 Rdnr. 4

4) BGHSt 9,48 (52); MEZGER-BLEI, AT, § 78 I, S. 262; ROXIN, Festschrift-Heinitz, S. 269 ff.

5) So wird die actio libera in causa mitunter erklärt, vgl. WELZEL, Lehrbuch, S. 156; JESCHECK, AT, § 40 VI, S. 335

den "mittelbaren Täter" ist das seinen Vorstellungen widersprechende und von ihm nicht beherrschte Aufgeben des "Werkzeugs" ein Fehlschlag seines deliktischen Vorhabens, den er möglicherweise auf das heftigste bedauert, wenn er wieder nüchtern ist.
Dieses Problem ist den Vertretern der Vorverlegungstheorie nicht entgangen. Sie bemühen sich nachzuweisen, daß das Aufgeben im Defektzustand als strafbefreiender Rücktritt und nicht als Fehlschlag zu beurteilen ist.
Der BGH hat zur Begründung dieser Ansicht ausgeführt, der Aufgabewille des Täters sei immerhin ein Vorsatz im natürlichen Sinne, der zum Rücktritt ausreiche[1]. Der BGH führt lapidar aus, freiwillig könne auch ein Schuldunfähiger handeln. Ähnlich äußern auch Schlegl und Bertel, die Freiwilligkeit des Rücktritts setze keine Schuldfähigkeit voraus[2]. Das ist richtig, erschöpft aber das Problem nicht. Die Frage, ob ein strafbefreiender Rücktritt vorliegt, muß anhand der für maßgeblich erachteten ratio des Rücktrittsprivilegs beantwortet werden. Welchen Standpunkt man zu dieser Frage auch einnimmt, es muß immer verlangt werden, daß sich die Willensänderung als eine Aufgabe des Deliktsplans verstehen läßt. Begreift man den Täter im Defekt wie einen von ihm selbst in noch freiem Zustand in Gang gesetzten Automaten, so ist die Willensänderung des Automaten dem Täter nicht als von ihm verantwortlich gefaßt zurechenbar. Die scharfe Trennungslinie, die die Vorverlegungstheorie zieht, verhindert eine Zurechnung der Willensregungen des Defekttäters zum freien Täter im Guten wie im Bösen. Auf die vom BGH, Schlegl und Bertel betonte Schuldfähigkeit als solche kommt es nicht an. Welp hat vielmehr zu Recht darauf hingewiesen, daß, wenn man die Aktion, die Defekttat, als zwangsläufiges Produkt der bestehenden Ursachenkonstellation betrachtet, die Gegenaktion, der "Rücktritt", nicht weniger zwangsläufig ist[3].

---

1) BGHSt 23, 356 (359 f.)
2) BERTEL, JZ 1965, 54; SCHLEGL, NJW 1968,25
3) WELP, Grundlage, S. 135 FN 149

Überdies versagt die Berufung auf den natürlichen Vorsatz völlig, wenn A den Plan nicht aufgibt, sondern infolge des genossenen Alkohols einschläft. Auch hier ist eine Bestrafung wegen versuchten Totschlags völlig unangemessen. Für die Vorverlegungstheorie ist dieses Ergebnis aber unvermeidlich.
Maurach, der im Ergebnis mit dem BGH übereinstimmt, gesteht zu, daß konstruktiv die Annahme eines Rücktritts ausgeschlossen ist[1]. Methodisch richtig prüft er die Frage anhand der Ratio des Rücktrittsprivilegs. Er meint, wenn man diese ratio in der durch den Rücktritt dokumentierten minderen Verbrechens- und Willensintensität und in einer minderen Gefährlichkeit des Täters sehe, stehe der Annahme eines Rücktritts nichts entgegen[2]. Das ist jedoch nicht überzeugend. Die rauschbedingten Willensäußerungen lassen keinen Schluß auf die kriminelle Energie des Täters zu. Wieder bei klarem Verstand mag der Täter die rauschbedingte Euphorie, die ihn von seinem Vorhaben abstehen ließ, bedauern. Der von Maurach seiner Argumentation zugrunde gelegte Gedanke, wenn der Täter schon im Rausch "zurückgetreten" sei, werde er es erst recht im zurechnungsfähigen Zustand getan haben, trifft nicht zu. Vielmehr ist ein Merkmal des Rausches gerade die Unberechenbarkeit des im Rausch an den Tag gelegten Verhaltens[3].
Vom Standpunkt der Vorverlegungstheorie her ist also die Straflosigkeit des im Defekt "zurücktretenden" Täters nicht zu erklären, obwohl, wie Maurach schreibt, das Rechtsgefühl kein Bedürfnis nach Bestrafung anmeldet und die kriminalpolitische Notwendigkeit der Zuerkennung des Rücktrittsprivilegs evident ist[4].

Die Vorverlegungstheorie führt zu einer weiteren Ungereimtheit. Da nach dieser Ansicht der Täter mit der Defektbegründung das

---

1) MAURACH, JuS 1961,378
2) MAURACH, JuS 1961,378 f.
3) Vgl. dazu auch LENCKNER, GA 1961,304 f.
4) MAURACH, JuS 1961,378

Seine getan hat, muß nunmehr ein beendeter Versuch vorliegen[1]. Es ist aber allgemeine Ansicht, daß man vom beendeten Versuch des Begehungsdelikts nur zurücktreten kann, indem man eine auf die Erfolgsabwendung zielende Aktivität entfaltet. Nach übereinstimmender Ansicht ist die bloße Aufgabe des Tatentschlusses nicht als Rücktritt vom beendeten Begehungsversuch anzusehen[2]. Wollte man hier einen strafbefreienden Rücktritt annehmen, müßte man gegen diese Regel verstoßen, da A nichts weiter tut, als seinen Entschluß aufzugeben.
Insgesamt zeigt sich, daß die Annahme, schon durch die Defektbegründung beginne der Versuch, zu erheblichen Friktionen bei der Behandlung des Rücktritts führt. Es wird nicht verkannt, daß damit kein schlechthin stichhaltiges Argument gegen die Annahme des Versuchs vorgetragen wird, da die Voraussetzungen des Versuchs unabhängig von der Frage des für den Rücktritt verbleibenden Anwendungsbereichs zu prüfen sind. Immerhin offenbaren die aufgezeigten Konsequenzen aber eine Schwäche der Vorverlegungstheorie. Diesen Schwierigkeiten entgeht man, wenn man den Versuch in der hier untersuchten Fallgruppe noch nicht mit der Defektbegründung, sondern erst später einsetzen läßt. Daß diese Wertung richtig ist, hat sich auch oben bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 22 ergeben. Danach kann in dem Herbeiführen der Schuldunfähigkeit noch kein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwiklichung gesehen werden, weil es sich erst um die Deliktskonstituierung handelt. Mit dieser Entscheidung für den Fall, daß der Täter seine Schuldfähigkeit ausschließt, ist zugleich die Frage beantwortet, wie es sich verhält, wenn er seine Schuldfähigkeit

---

1) ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 230. A.A. ohne Begründung MAURACH, JuS 1961,379, der allerdings die Vorverlegungstheorie ohnehin nicht streng durchführt

2) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 46 Rdnr. 31; GUTMANN, Freiwilligkeit, S. 97; MAURACH, AT, § 41 V C 3, S. 523 f.; JESCHECK, AT, § 51 IV, S. 411; BAUMANN, AT, § 34 II 2, S. 529; STRATENWERTH, AT, Rdnr. 774; LK (Busch), StGB, § 46 Rdnr. 29; RGSt 39,220 (221); BGH NJW 1973,632

nur mindern will. Hier kann in der Defektbegründung erst recht kein Versuch gesehen werden. Das Gesetz sieht diesen Täter als im Prinzip für seine im Zustand der verminderten Zurechnungsfähigkeit begangenen Taten verantwortlich an und konzediert ihm lediglich eine fakultative Strafmilderung[1].

(2.2.) Das Defektverhalten ist ein Nichttun

Nunmehr ist zu untersuchen, ob in der Defektbegründung dann ein Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung zu sehen ist, wenn der Täter im Defekt nicht aktiv handeln, sondern untätig bleiben will, also im Fall der omissio libera in causa. Auch hier ist danach zu unterscheiden, ob der Täter seine Schuldfähigkeit beeinträchtigen oder ausschließen oder seine Handlungsfähigkeit ausschließen will.

(2.2.1.) Ausschluß und Beeinträchtigung der Zurechnungsfähigkeit

Als Beispiel für diese Fallgruppe sei folgende Abwandlung des Mutter-Kind-Falls angeführt.

Fall 4 e) M betrinkt sich, nachdem sie das Kind gerade gefüttert hat, bis zur Schuldunfähigkeit. Sie nimmt dabei in Kauf, daß sie sich um das Kind längere Zeit nicht kümmern wird, so daß es in Lebensgefahr gerät und u. U. stirbt. So geschieht es.

Hierher gehört auch die Abwandlung des Weichenstellerfalls, in der sich der Weichensteller nicht bis zur Handlungsunfähigkeit betrinkt, sondern lediglich seine Zurechnungsfähigkeit ausschließt. Hier kann nichts anderes gelten als in dem gerade behandelten Fall, wo das Defektverhalten ein Tun war. Auch hier ist die Defektbegründung ein der inneren Tatseite zuzurechnender Akt der Plankonstituierung, eine Interferenzerscheinung.

(2.2.2.) Ausschluß der Handlungsfähigkeit

Besonderer Untersuchung bedarf demnach nur noch der Ausschluß der Handlungsfähigkeit. Damit ist nicht nur der häufig herangezogene Fall gemeint, daß der Täter sich etwa bis zur Bewußt-

1) Vgl. nur BAUMANN, AT, § 25 III 1, S. 388; LENCKNER, Strafe, S. 121 ff.

losigkeit berauscht, sondern jede Verhinderung der Handlungsmöglichkeit, z.B. auch eine das Eingreifen ausschließende Entfernung.
In diesen Fällen ist die Defektbegründung keine bloße Interferenzhandlung, vielmehr wirkt der Täter auf seine Körperlichkeit ein. Es ist zu fragen, ob dieses Verhalten so beschaffen ist, daß es nicht nur eine bloße Deliktsvorbereitung, sondern schon ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung ist. Gegen diese Annahme sprechen zwei Überlegungen. Zum einen kann die Defektbegründung noch nicht als Verstoß gegen die durch die Gebotsnorm sanktionierte Pflicht betrachtet werden. Im Fall 4 d) verletzt M dadurch, daß sie sich entfernt, nicht unmittelbar die Pflicht,das Kind zu ernähren. Ein weiterer Einwand, der sich mit dem ersten berührt, ist der in vielen dieser Fälle fehlende unmittelbare zeitliche Zusammenhang mit der Tatbestandsverwirklichung, den einige Autoren für erforderlich halten[1].
Trotz dieser Bedenken ist es hier jedoch richtig, die Defektbegründung als unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung und damit als einen Versuch anzusehen. Gegenüber dem soeben behandelten Fall des Ausschlusses oder der Minderung der Zurechnungsfähigkeit weist diese Konstellation Unterschiede auf, die eine andere Beurteilung rechtfertigen. Die genannten Einwände stehen dem nicht entgegen.

Zu dem Einwand, es fehle an dem erforderlichen unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang, ist folgendes zu sagen. Der Formulierung des § 22 "unmittelbares Ansetzen" ist nicht zu entnehmen, daß damit ausschließlich ein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang gemeint ist. Das mag zwar in der Regel zutreffen, entsprechend der Funktion des § 22 als einer Leitlinie ist dieser Begriff jedoch einer je nach den Gegebenheiten verschiedenen Konkretisierung zugänglich[2].

---

1) JESCHECK, AT, § 49 IV 3, S. 392; WELZEL, Lehrbuch, S. 190; BECHER, Diss., S. 34 ff.

2) Vgl. dazu oben S. 65 ff.

Der Grund für die Annahme eines Versuchs liegt darin, daß der Täter auf seine Körperlichkeit einwirkt und dadurch schon unmittelbar gegen die ihm obliegende Pflicht verstößt. Die Pflicht des Täters erschöpft sich nicht darin, in der Unterlassungssituation einzugreifen, also beispielsweise das Kind zu ernähren. Diese Hauptpflicht erzeugt vielmehr eine vorwirkende Sekundärpflicht, die den Inhalt hat, sich zur Erfüllung der Hauptpflicht bereitzuhalten. Diese vorwirkende Sekundärpflicht geht also gerade dahin, körperlich als Schutzinstanz handlungsbereit zu bleiben. Die Existenz solcher Sekundärpflichten ist allgemein anerkannt. Sie entstehen nicht schlechthin für jeden, der in einer bestimmten Situation als Garant eingriffspflichtig werden kann, sondern nur dann, wenn von vornherein das Entstehen dieser Eingriffspflicht feststeht oder der Täter gerade für den nur möglichen Fall einer sein Eingreifen erfordernden Situation an seinen Platz gestellt worden ist. Beispiele für die erste Gruppe sind die Mutter, die ihr Kind ernähren muß, und der Schrankenwärter, der zum Schutz des Verkehrs nach einem bestimmten Plan die Schranken schließen muß. Für die zweite Fallgruppe ist die Stellung eines Bademeisters beispielhaft, der für den nur möglicherweise eintretenden Fall, daß ein Badegast zu ertrinken droht, an seine Stelle gesetzt ist.
Gegen die Pflicht, sich zur Erfüllung der Hauptpflicht bereitzuhalten, verstößt M im Fall 4 d). Mit dieser Feststellung ist freilich noch nicht der Nachweis erbracht, daß sie damit unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt. Die dazu erforderliche Tatbestandsnähe ist aber gegeben. Die in Betracht kommenden Fälle zeichnen sich durch eine besondere Schutzbedürftigkeit des Opfers aus, die gerade dadurch dokumentiert wird, daß der Garant sich zum Eingreifen bereithalten muß. Der Garant ist also hier dem Opfer von vornherein in konkreter Weise als Schutzinstanz zugeordnet.[1] Diese Zuordnung beeinflußt den Handlungsspielraum des Opfers, es trifft seine Dispositionen im Vertrauen auf die Existenz der Schutzinstanz. Im Fall des Säuglings hängt nicht nur der Handlungsspielraum,

---

1) WOLFF, Kausalität, S. 36

sondern sogar die Existenz des Säuglings von vornherein von Bereitschaft der Mutter ab. Die Position des Schutzgutes ist also von der andauernden körperlichen Präsenz des Garanten abhängig. Dieser ist dem Schutzgut zugeordnet und steht ihm daher von vornherein nicht völlig selbständig gegenüber. Auf das Weiterbestehen dieser Sicherung hat das Schutzgut einen rechtlich sanktionierten Anspruch. Darum wirkt der Garant unmittelbar auf die Position des von ihm Abhängigen ein, wenn er sich körperlich als Schutzinstanz ausschaltet. Dies bewirkt eine unmittelbare und endgültige Verschlechterung der Position des Abhängigen. Darum ist es gerechtfertigt, in diesem Verhalten schon ein unmittelbares Ansetzen zu dem gegen den Abhängigen gerichteten Delikt zu sehen. Die Ausführung des Delikts soll in diesen Fällen dadurch geschehen, daß der Täter als Schutzinstanz nicht zur Verfügung steht. Mit der Defektbegründung beginnt der Täter damit, sich selbst körperlich auszuschalten.

Maurach teilt die hier vertretene Ansicht nicht. Seine zur Begründung vorgetragenen Argumente überzeugen jedoch nicht. Ausgangspunkt seiner Argumentation ist die Frage, ob in dem Fall des sich bis zur Besinnungslosigkeit betrinkenden Schrankenwärters ein Begehungs- oder ein Unterlassungsdelikt zu sehen ist. Zu dem richtigen Ergebnis, daß ein Unterlassungsdelikt vorliegt, glaubt er nur kommen zu können, wenn er dem Ausschluß der Handlungsfähigkeit den Versuchscharakter abspricht[1]. Maurach glaubt offenbar, ein Begehungsdelikt annehmen zu müssen, wenn das Betrinken als versuchsbegründend angesehen wird. Dies hätte die Folge, daß auch ein Nichtgarant sich strafbar machen würde, wenn er die Schranke nicht schließt. Dies ist aber nicht die Konsequenz der Auffassung, daß der Schrankenwärter mit dem Betrinken einen Versuch begeht. Rechtlich bedeutsam an der Defektbegründung ist nicht deren äußerer Vollzug durch aktives Verhalten, sondern die Tatsache, daß sich der Täter als dem Opfer zugeordnete Schutzinstanz ausschaltet. Er verstößt damit gegen das Gebot,

---

1) MAURACH, JuS 1961, 376 f.

sich zur Erfüllung der Hauptpflicht bereitzuhalten. An seiner Strafbarkeit würde sich nichts ändern, wenn er seine Handlungsfähigkeit durch ein Nichttun ausschließt, wenn er sich etwa einem auf ihn einwirkenden Betäubungsmittel nicht entzieht, obwohl er es könnte[1]. Relevant ist in beiden Fällen nur, daß der Täter es unterläßt, weiterhin als Schutzinstanz präsent zu bleiben. Somit ist dieses Verhalten ungeachtet der begleitenden Aktivität in seinem rechtlichen Kern ein Unterlassen. Maurach verkennt den Zusammenhang der in der Defektbegründung liegenden Pflichtverletzung mit der Hauptpflicht. Dieser Fehler folgt aus der Vorverlegungstheorie, die das Defektverhalten als irrelevant abtut. Es handelt sich um einen Anwendungsfall einer Erscheinung, die unter dem Stichwort "Unterlassen durch Begehung" diskutiert wird[2]. Diese Problematik ist als noch nicht völlig geklärt anzusehen. Über das Ergebnis, nämlich Bestrafung als Unterlassungsdelikt und nur unter dessen weiteren Voraussetzungen, herrscht jedoch Einigkeit. Herzberg begründet dies damit, daß durch das Tun das Unterlassen nur überlagert oder eingeleitet wird. Anknüpfungspunkt der rechtlichen Beurteilung ist aber das Unterlassen[3].
Roxin und Bertel knüpfen dagegen an das aktive Tun an. Nach ihrer Ansicht verstößt der Täter gegen ein Verbot. Dieses Verbot ist aber aus dem Gebot zur Erfüllung der Hauptpflicht abgeleitet und hat den gleichen Adressatenkreis wie dieses. Gegen das abgeleitete Verbot verstößt also nicht jeder, der sich das spätere Eingreifen unmöglich macht, sondern nur derjenige, der als Garant verpflichtet ist, sich zur Erfüllung der Hauptpflicht bereit zu halten[4]. Roxin und Bertel bedienen sich also auch des Gedankens, daß aus der Hauptpflicht eine Sekundärpflicht folgt. Diese Pflicht tritt aber

---

1) WELP, Grundlage, S. 134 FN 145

2) Vgl. dazu ROXIN, Festschrift-ENGISCH, S. 380 ff.; HERZBERG, Garantenprinzip, S. 36 ff.; v. OVERBECK, GS 88 (1922), S. 319 ff.

3) HERZBERG, Garantenprinzip, S. 43

4) ROXIN, Festschrift-ENGISCH, S. 384; BERTEL, JZ 1965,55

nicht nur in der Form des Verbots, sondern auch als Gebot auf, wie der erwähnte Fall des Streckenwärters zeigt, der sich einem Betäubungsmittel nicht entzieht.
Es kann offenbleiben, welcher dieser Begründungen letztlich zuzustimmen ist. Denn es steht fest, daß durch den Ausschluß der Handlungsfähigkeit nur ein Garant mit dem Delikt beginnen kann. Ein nicht in der Pflichtbindung stehender Dritter kann nicht, wie Maurach meint, als Täter eines Versuchs angesehen werden. Er ist dem Opfer nicht zum Schutz zugeordnet und beeinträchtigt daher nicht dessen Position, wenn er seine Handlungsfähigkeit aufhebt.
Als Ergebnis kann daher festgehalten werden, daß der Versuch des Unterlassungsdelikts beginnt, wenn der Verpflichtete seine Handlungsfähigkeit aufhebt, um einer Handlungspflicht nicht nachkommen zu können. Im Fall 4 d) ist daher ein Versuch anzunehmen, wenn M sich soweit entfernt hat, daß sie ihrer Pflicht, das Kind zu ernähren, nicht nachkommen kann. Hier ist M also eines versuchten Totschlags schuldig.
In den Fällen, wo der Täter dagegen nur seine Schuldfähigkeit aufhebt oder mindert, kann dagegen, wie oben ausgeführt wurde, in der Begründung dieses Defekts noch kein Versuch gesehen werden. Damit stellt sich besonders im Fall der Schuldunfähigkeit das oben aufgezeigte Dilemma, daß in dem einen Zeitpunkt das Delikt nicht begangen wird und in dem anderen Zeitpunkt das Verhalten dem Täter nicht zugerechnet werden kann. Wie gezeigt wurde, ist die Vorverlegungstheorie nicht in der Lage, dieses Dilemma in einer konstruktiv befriedigenden Weise zu lösen.

(3.) Vereinbarkeit der gefundenen Lösung mit dem Schuldprinzip

Die Kritiker der Vorverlegungstheorie lehnen die These ab, daß bei der actio libera in causa die Tat durch die Defektbegründung begangen wird. Dem ist, wie gesagt, jedenfalls für die Fälle des Ausschlusses und der Minderung der Zurechnungsfähigkeit uneingeschränkt zuzustimmen. Will man dennoch die Strafbarkeit dieser Fälle bejahen, muß das Defektverhalten in die Beurteilung einbezogen werden. Es kann nicht als bedeu-

tungslos angesehen werden, wie dies die Vertreter der Vorverlegungstheorie tun. Das Verhalten im Defekt ist vielmehr als die Tatbegehung anzusehen. Maurach drückt dies so aus, daß dieses Verhalten so beurteilt werde, als sei der Defekt nicht vorhanden[1]. Dieses Hinwegdenken des Defekts sei darum zulässig, weil der Täter ihn dolos herbeigeführt habe. Angesichts der aufgezeigten Unmöglichkeit, die Defektbegründung als Tatbestandsverwirklichung oder auch nur als unmittelbares Ansetzen dazu zu begreifen, ist dies in der Tat die einzige Möglichkeit, die Strafbarkeit der actio libera in causa in diesen Fällen zu begründen. Die herrschende Meinung sieht sich durch das in § 20 verankerte Koinzidenzprinzip gehindert, diesen Weg zu beschreiten. Da Schuld "bei Begehung der Tat" vorliegen müsse, könne das Verhalten im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit nicht die Grundlage der Strafbarkeit bilden. Demgegenüber sind Hruschka und Jescheck der Ansicht, das Koinzidenzprinzip stehe einer solchen Konstruktion nicht entgegen[2]. Welche Bedeutung das Koinzidenzprinzip hat, ist eine weitgehend ungeklärte Frage. Eine etwas ausführlichere Behandlung dieser Frage aus neuerer Zeit findet sich nur bei Welp, der aber letztlich offenläßt, welche Bedeutung das Koinzidenzprinzip bei der actio libera in causa hat[3]. Ansonsten finden sich nur spärliche Stellungnahmen, die über den Satz, Schuld müsse zur Tatzeit vorliegen, nicht hinausgehen[4].
Das Schuldprinzip, wie es in Art. 1 GG verankert ist[5], hat zweifellos zum Inhalt, daß nur schuldhaftes Verhalten bestraft werden kann. Damit ist aber nur wenig über die Beziehung der Schuld zu dem inkriminierten Verhalten gesagt. Unbestreitbar ist, daß hier generell eine zeitliche Koinzidenz vorlie-

---

1) MAURACH, JuS 1961, 377

2) HRUSCHKA, JuS 1968,558 f. und SchZStR 90 (1974), 71 ff.; JESCHECK, AT, § 40 VI 2, S. 335

3) WELP, Grundlage, S. 124 ff., insbesondere S. 139

4) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 51 Rdnr. 36; LK (Lange), StGB, § 51 Rdnr. 72; MAURACH, AT, § 36 II D 3, S. 439 f.; MEZGER-BLEI, AT, § 60 I, S. 185; FRANK, StGB, § 51 IV

5) SAX, Grundsätze, S. 937

gen muß. Die Frage ist jedoch, ob dieser Grundsatz eingeschränkt werden kann, ohne daß das verfassungsrechtlich verbürgte Schuldprinzip verletzt wird.
Hauptsächlicher Inhalt des Schuldprinzips ist der Satz, daß ein Verhalten dem Täter nur dann als schuldhaft zugerechnet werden kann, wenn und soweit das objektiv verwirklichte Unrecht von einer schuldhaften - vorsätzlichen oder fahrlässigen - Einstellung inhaltlich umfaßt ist. Diese Beziehung soll als Kongruenzprinzip bezeichnet werden. Die Kongruenz von objektiv verwirklichtem Unrecht und der Vorstellung des Täters ist bei der actio libera in causa gegeben. Der Täter hat das Delikt in allen seinen Modalitäten in seinen frei gefaßten Vorsatz aufgenommen.

Gegenüber dem Kongruenzprinzip ist das Koinzidenzprinzip sekundär. Das zeigt sich daran, daß die Frage nach der Koinzidenz sich erst stellt, wenn eine kongruente Vorstellung feststeht. Das Koinzidenzprinzip garantiert, daß auf das kongruente, unwertige Verhalten nur eine solche vorwerfbare Einstellung bezogen wird, die als Grund dieses Verhaltens anzusehen ist. Die Koinzidenz ist eine Ausformung eines Prinzips, das Konnexitätsprinzip genannt werden kann. Konnexität besteht, wenn das objektiv verwirklichte Unrecht auf eine kongruente Vorstellung des Täters zurückgeführt werden kann. Dies macht auch den Inhalt des Schuldprinzips aus. Schuldhaft ist ein rechtswidriges Verhalten, wenn es auf einer persönlich vorwerfbaren kongruenten Fehleinstellung beruht. So gesehen ist Koinzidenz von Unrecht und Vorstellung keineswegs eine notwendige Voraussetzung des Schuldvorwurfs. Vielmehr ist das Koinzidenzprinzip nur die wichtigste Ausformung des Konnexitätsprinzips.
Fehlende Koinzidenz ist also nicht gleichbedeutend mit fehlender Schuld. Es ist vielmehr noch zu fragen, ob nicht die Konnexität auf andere Weise begründet ist. Wenn sich in den untersuchten Fällen eine solche Konnexität nachweisen läßt, ist Hruschka und Jescheck zuzustimmen, daß die fehlende Koinzidenz ihrer Konstruktion der actio libera in causa nicht entgegensteht. Im Sinne dieser Fragestellung führt Welp aus,

es sei zu erwägen, ob nicht die Kraft des langen Willens die fehlende Koinzidenz zu ersetzen vermöge[1].
Ein solcher - die fehlende Koinzidenz ersetzender - gleichwertiger Zusammenhang besteht bei der actio libera in causa tatsächlich. Dadurch unterscheidet sie sich von den Fällen des dolus antecedens und des dolus subsequens. Bei diesen Konstellationen fehlt es an jeglichem Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Täters und dem dolus. Bei der actio libera in causa besteht dagegen ein innerer Zusammenhang. Dieser besteht in der psychischen Beziehung des Täters zu dem Defekt. Bei den klassischen allseits als strafbar anerkannten Fällen der actio libera in causa bezieht der Täter den Defekt, Ausschluß oder Minderung der Zurechnungsfähigkeit, vorsätzlich in die Deliktsplanung und -ausführung ein. Dieser Zusammenhang rechtfertigt es, das in actu unfreie Verhalten wie ein in actu freies zu behandeln. Das unwertige Verhalten ist mit einer kongruenten Fehleinstellung zur Rechtsordnung direkt verbunden, es geht auf diese Einstellung zurück. Die §§ 20 und 21 schließen das Schuldurteil nur aus bzw. erlauben eine Strafmilderung, wenn der Täter wegen des Defekts gehindert war, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln bzw. wenn zumindest eine dieser Fähigkeiten erheblich vermindert war. Die Berufung auf diese Vorschrift ist jedoch dem Täter zu versagen, der den Defekt im Hinblick auf eine konkrete, von ihm zu begehende Tat vorwerfbar herbeiführt. Die §§ 20 und 21 haben den Fall im Auge, daß der Defekt den Täter entweder unverschuldet trifft oder die schuldhafte Verursachung des Defekts nicht im Zusammenhang mit einem konkret zu begehenden Delikt steht. Nur so ist der Satz zu verstehen, auch ein verschuldeter Defekt im Sinne der §§ 20 und 21 schließe deren Anwendung nicht aus[2]. Dieser Satz bezieht sich auf den Fall eines verschuldeten Defekts, zu dem ein damit nicht zusammenhängender Deliktsplan und dessen Ausführung treten. Bei der vorsätzlichen actio libera in causa wird aber die Deliktsplanung mit der Defektbegründung in freiem Zustand verknüpft.

---

1) WELP, Grundlage, S. 139
2) Vgl. nur SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 51 Rdnr. 43

Damit ist die notwendige Konnexität gegeben, die es rechtfertigt, das Defektverhalten trotz des Defekts als schuldhaft anzusehen.

Das hier gewonnene Ergebnis stimmt mit dem der herrschenden Ansicht völlig überein. Die Begründung für die Strafbarkeit ist jedoch eine andere. Die herrschende Meinung versucht, die actio libera in causa als mit dem Koinzidenzprinzip vereinbare Konstruktion darzustellen. Demgegenüber wird hier im Anschluß an Hruschka und Jescheck die Ansicht vertreten, daß die Strafbarkeit der actio libera in causa mit dem Koinzidenzprinzip nicht in Einklang steht. Die herrschende Ansicht faßt die actio libera in causa als eine nur vom Tatverlauf her ungewöhnliche Erscheinung auf[1], während die hier vertretene Mindermeinung sie als eine rechtliche Ausnahmeerscheinung begreift. Da aber, wie gezeigt wurde, die von der herrschenden Meinung vertretene Konstruktion nicht zu überzeugen vermag, bleibt nur der hier beschrittene Weg zur Erklärung der unbestrittenen Strafbarkeit der actio libera in causa[2]. Hruschka betont zu Recht gegenüber Einwendungen gegen diese Erklärung, daß die anerkannte Strafbarkeit der actio libera in causa nicht deswegen unzulässig werden kann, weil die bisherige Konstruktion als unrichtig erkannt und ihr eine andere gegenübergestellt wird[3]. Die herrschende Ansicht überschätzt die Bedeutung des Koinzidenzprinzips und verabsolutiert dieses Prinzip, ohne dessen tatsächliche Reichweite jemals überprüft zu haben. Die Existenz und Absolutheit des Koinzidenzprinzips sind aus der Unzulässigkeit der Bestrafung des dolus subsequens und des dolus praecedens gefolgert worden.

---

1) So besonders deutlich HORN, GA 69,289 ff.

2) KATZENSTEIN, Straflosigkeit, S. 63 hat den hier gewiesenen Weg für nicht gangbar angesehen. Er nahm an, der Wortlaut des § 51 a.F. stehe einer Bestrafung der actio libera in causa de lege lata entgegen. Er forderte aber eine entsprechende Einschränkung des § 51 a.F.

3) HRUSCHKA, JuS 1968, 559

Die hier vertretene Einschränkung des Koinzidenzprinzips muß noch gegenüber dem Einwand abgesichert werden, sie ermögliche eine Einbeziehung von Sachverhalten in die Rubrik "vorsätzliches Delikt", die gemeinhin nicht als hierher gehörig angesehen werden. Zur Verdeutlichung sei ein von Schröder gebildetes Beispiel angeführt[1].

> A hat beschlossen, seinen Feind F zu ermorden. Als er spazierengeht, trifft er F, fällt in Zurechnungsunfähigkeit und tötet F.

Die gebotene Straflosigkeit ist jedoch nicht von einer ausnahmslosen Anerkennung des Koinzidenzprinzips abhängig. Denn es fehlt hier an jeder Verbindung zwischen der Tat und dem vorher gefaßten Vorsatz. Es liegt daher keine konnexe Beziehung vor, die die fehlende Koinzidenz ersetzen würde.
Die hier vorgenommene Relativierung des Koinzidenzprinzips wird von der herrschenden Ansicht in anderem Zusammanhang anerkannt. Die Behandlung des verschuldeten Verbotsirrtums ist mit einem konsequent angewendeten Koinzidenzprinzip nicht vereinbar. Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur schließt bekanntlich ein verschuldeter Verbotsirrtum den Schuldvorwurf nicht aus[2]. Als Verschulden in diesem Sinne wird aber nicht nur ein mit der Tatausführung koinzidentes Versäumnis angesehen, sondern auch ein vorhergehendes Verschulden. So hat die Rechtsprechung ein die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums ausschließendes Verschulden z.B. in der schuldhaften Auswahl einer ungeeigneten Auskunftsperson[3], in sonstiger Vernachlässigung von Erkundigungspflichten[4] oder in ähnlichen Dingen gefunden[5]. All dies ist mit dem Koinzidenzprinzip nicht vereinbar, da hier Umstände, die vor der Tatbegehung liegen,

---

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 51 Rdnr. 38

2) BGHSt 2, 194 (208 f.) ; JESCHECK, AT, § 41 II, S. 341 ff.; RUDOLPHI, Unrechtsbewußtsein, S. 252 ff.

3) BGHSt 4, 347 (352 f.)

4) BGHSt 21,18 (21 f.); OLG Hamm JMBlNRW 1960,142

5) Weitere Nachweise bei RUDOLPHI, Unrechtsbewußtsein, S. 217 ff. und 252 ff. und DREHER, StGB, § 17 Anm. 3 A

zur Begründung des Schuldurteils herangezogen werden. Vom hier vertretenen Standpunkt ist diese Behandlung jedoch leicht erklärbar, da eine konnexe Beziehung zwischen dem Verbotsirrtum und dem darauf bezogenen Verschulden vorliegt[1].
Es bestehen somit keine aus dem Schuldprinzip hergeleiteten Bedenken, bei der durch den Ausschluß oder die Minderung der Zurechnungsfähigkeit begangenen vorsätzlichen actio libera in causa als dem Täter zurechenbare Tatbegehung das Verhalten im Defekt zu betrachten. Das hat für die Frage nach dem Beginn des Versuchs die Folge, daß in diesen Fällen keine besonderen Regeln anzuwenden sind, sondern daß lediglich der Defekt unberücksichtigt bleibt. Damit ist ein wichtiger Teil der seit jeher problematischen Fälle des Versuchs beim Unterlassungsdelikt einer Klärung zugeführt.
Der oben[2] geschilderte Fall des Weichenstellers, der sich bis zur Schuldunfähigkeit betrinkt, ist so zu lösen, als wenn der Defekt nicht vorläge. Der Versuch beginnt mit der Aktualisierung der Gefahr oder mit dem Herrschaftsverlust. Das letztere ist beispielsweise dann zu bejahen, wenn sich der Weichensteller in betrunkenem Zustand von seinem Posten entfernt.
Der Fall 4 e) ist im Prinzip in der gleichen Weise zu lösen. Ein Versuch kann hier nur angenommen werden, wenn er auch ohne den Defekt zu bejahen wäre; M macht sich also einer versuchten Tötung schuldig, wenn entweder die Gesundheit des Kindes beeinträchtigt wird oder sie die Herrschaft über das Geschehen aufgibt. Die Fälle, in denen sich der Täter die Erfüllung einer Pflicht unmöglich macht oder seine Schuldfähigkeit für die Zeit, zu der er handeln soll, aufhebt oder mindert, sind also in der Weise zu lösen, daß der Versuch mit der Defektbegründung beginnt, wenn der Täter sich die Erfüllung der Pflicht körperlich unmög-

---

1) RUDOLPHI, Unrechtsbewußtsein, S. 264, hebt mit Recht hervor, daß im Fall des verschuldeten Verbotsirrtums die Beziehung zwischen schuldhafter Vernachlässigung von Erkundigungspflichten und der später im Verbotsirrtum begangenen Tat zumeist weniger unmittelbar ist als in den Fällen der actio libera in causa

2) S. oben S. 130

lich macht. Wirkt er dagegen nur auf seine Psyche ein, so ist der Versuch nach den allgemeinen, oben entwickelten Regeln zu beurteilen, wobei von dem Defekt abgesehen wird. Diese Fälle stellen weniger ein Versuchs- als vielmehr ein Schuldproblem dar.

Auch in diesen Fällen bewähren sich also die hier im Anschluß an Roxin vertretenen Kriterien zur Bestimmung des Versuchsbeginns beim Unterlassungsdelikt. Bevor ein endgültiges Urteil abgegeben werden kann, bleibt aber noch eine Fallgruppe zu untersuchen, aus deren Behandlung Herzberg seine Einwendungen gegen diese und alle anderen Vorschläge herleitet. Es handelt sich dabei, wie schon ausgeführt wurde, um die Fälle, bei denen der Pflichtige nicht die erste sich ihm bietende Möglichkeit zum Eingreifen nutzt, sondern untätig bleibt und dann unbewußt die Herrschaft verliert oder sich der Gefahraktualisierung nicht bewußt wird.

VI. Fälle unbewußten Herrschaftsverlusts und unbewußter Gefahraktualisierung

1. Die Problematik

Der Erörterung dieser Fallgruppe soll ein von Herzberg gebildeter Beispielsfall vorausgeschickt werden, an dem die Problematik deutlich wird.

Fall 5 a) F findet ihren sinnlos betrunkenen Ehemann bewußtlos auf den Schienen einer Eisenbahn. F weiß, daß der nächste Zug dort erst in einigen Stunden vorbeifahren wird. Sie beschließt, den F liegen zu lassen. Um sicherzugehen, daß M auf den Schienen liegen bleibt, setzt sie sich daneben[1].

Wendet man auf diesen Fall die von Roxin vorgeschlagenen und auch hier vertretenen Kriterien an, so beginnt der Versuch,

---

1) HERZBERG, MDR 1973, 91

wie schon oben ausgeführt wurde, in dem Moment, wo die Gefahr akut wird, d.h. mit der unmittelbaren Annäherung des Zuges[1]. Herzberg hält diese Lösung aus den oben dargestellten Gründen für falsch[2]. Er meint, sie versage, wenn F die Herrschaft unbewußt verliere oder sich die Gefahr ohne ihr Wissen aktualisiere. Das soll folgende Erweiterung des Beispiels verdeutlichen. Fall 5 b) F wird plötzlich bewußtlos. Während dieser Bewußtlosigkeit kommt der Zug; M wird überfahren und getötet. Der von Herzberg daraus entwickelte Einwand, daß nur dann, wenn das Nichteingreifen der F schon im ersten Moment als strafbarer Versuch gewertet werde, der F der Tod des M als vorsätzlich herbeigeführt zugerechnet werden könne, hat einiges für sich. Es hat den Anschein, als sei es von dem hier vertretenen Standpunkt aus nicht möglich, zu diesem Ergebnis zu kommen, da F, als sie bewußtlos wurde, sich noch nicht im Versuchsstadium befand. Bei näherem Hinsehen ist Herzbergs These aber ihrerseits Einwendungen ausgesetzt. Eine Schwäche seiner Auffassung liegt vor allem darin, daß er seine These weniger aus einer Anwendung des § 22, als vielmehr aus der von ihm angenommenen dogmatischen Schwäche aller anderen Ansichten gewinnt.
Der für seine Argumentation wesentlichen Frage, ob man tatsächlich nur von seinem Ausgangspunkt her zur Strafbarkeit der F im Beispielsfall 5b) kommen kann, ist Herzberg nur mit wenigen Sätzen nachgegangen. Da sich gezeigt hat, daß sein Ergebnis nicht mit den Grundsätzen des § 22 in Einklang steht, soll diese grundlegende These einer näheren Überprüfung unterzogen werden.

Meines Erachtens ist es auch vom hier vertretenen Standpunkt her möglich, im Fall 5 b) die Strafbarkeit der F wegen vorsätzlicher Tötung zu begründen. Es ist nämlich zu erwägen, ob nicht auch in den Fällen unbewußter Gefahraktualisierung und unbewußten Herrschaftsverlusts der Versuch mit diesem Ereignis

---

1) Auf das Kriterium der Herrschaftsaufgabe kommt es hier nicht an, da F die Herrschaft nicht aus der Hand gibt

2) Siehe oben S. 90 ff.

beginnt. Herzberg hat diese Möglichkeit zwar bedacht, glaubt sie aber mit dem Hinweis widerlegen zu können, "Ansetzen" sei ein finaler Begriff. Er meint also, ansetzen könne man nur mit einem bewußt verwirklichten Verhalten. Überdies, so meint Herzberg, sei es Roxin nicht möglich, diesen Weg zu gehen, da Roxin zur Frage des Versuchsbeginns die Bockelmann'sche Krisentheorie vertrete[1]. Nach dieser Theorie beginnt der Versuch bekanntlich, wenn der Täter die Feuerprobe der kritischen Situation besteht. Der Versuchsbeginn ist also nach dieser Theorie von einem subjektiven Erleben abhängig. Von diesem Standpunkt her ist es nicht möglich, den Versuchsbeginn von einem Ereignis abhängig zu machen, das dem Täter nicht bewußt ist. Zu der Bockelmann'schen Krisentheorie ist jedoch schon oben ablehnend Stellung bezogen worden[2]. Es wurde ausgeführt, daß der Versuchsbeginn vielmehr im wesentlichen von objektiven Kriterien bestimmt wird. Dieser Einwand Herzbergs besagt daher gegen die hier vertretene Ansicht nichts.
Schwerer zu widerlegen ist jedoch der Einwand, dem Täter müsse das den Versuch auslösende Ereignis bekannt sein. Dieser Einwand scheint unangreifbar zu sein. Bei näherem Zusehen zeigt sich jedoch, daß es keinesfalls selbstverständlich ist, daß der Versuch nur mit einem akut bewußten Ereignis beginnen kann.

2. Andere Fälle eines in actu unbewußten Versuchsbeginns

Bekanntlich ist es umstritten, wann der Versuch des Hintermanns im Fall mittelbarer Täterschaft beginnt. Nach der einen Meinung beginnt der Versuch, sobald der Hintermann seine Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen hat[3], nach einer anderen Ansicht dann, wenn das Werkzeug seinerseits unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt[4]. Eine dritte Mei-

---

1) HERZBERG, MDR 1973, 93

2) Siehe oben S. 48 f.

3) MAURACH, AT, § 41 II 5, S. 504; MEZGER-BLEI, AT, § 81 II 3, S. 283; BOCKELMANN, Untersuchungen, S. 148; BAUMANN, JuS 1963, 92 f.; BAUMANN, AT, § 36 I 4, S. 561 f.

4) FRANK, StGB, § 43 II 2 a; v. HIPPEL, Strafrecht II, S. 475

nung differenziert danach, ob der Tatmittler gut- oder bösgläubig ist[1]. Roxin, Jescheck und Wessels schließlich stellen auch hier darauf ab, ob die Gefahr akut ist oder der Hintermann die Tatherrschaft aufgegeben hat[2].

Für diejenigen,die hier nicht oder nicht in allen Fällen einen Versuch des Hintermanns mit dem Abschluß der Einwirkung auf den Tatmittler annehmen, gibt es das Phänomen eines in actu unbewußten Versuchsanfangs. Das ist immer dann der Fall, wenn der Hintermann den Tatmittler nach Abschluß seiner Einwirkung nicht mehr kontrolliert und dessen Verhalten wahrnimmt. Hält man beispielsweise auch für den Hintermann den Zeitpunkt für maßgeblich, zu dem der Tatmittler unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt, so ist der Versuch von einem dem Hintermann in actu nicht bewußten Ereignis abhängig.

Die Frage, welche dieser Ansichten vorzugswürdig ist, soll hier nicht beantwortet werden. Es soll nur aufgewiesen werden, daß die Konstruktion eines in actu unbewußten Versuchsbeginns keineswegs so ungewöhnlich ist, wie es zunächst den Anschein hat. Ein weiterer Anwendungsfall dieser Erscheinung ist schon erörtert worden, nämlich die vorsätzliche actio libera in causa. Auch hier beginnt in einigen Fällen der Versuch mit einem Ereignis, das dem Täter in actu nicht voll bewußt ist, jedenfalls ihm in diesem Zeitpunkt nicht zugerechnet werden kann. Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes findet sich eine Entscheidung, die so verstanden werden kann, als habe der BGH den Versuch mit einem dem Täter nicht aktuell bewußten Ereignis beginnen lassen[3]. In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Fall hatten drei Täter einer Buchhalterin, die an

---

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 43 Rdnr. 16; LK (Busch), StGB, § 43 Rdnr. 33; WELZEL, Lehrbuch, S. 184; KOHLRAUSCH-LANGE, StGB, Vorb. II 3 vor § 43; ähnlich wohl auch DREHER, StGB, § 22 Anm. 6 B

2) ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 227 ff.; JESCHECK, AT, § 62 IV, S. 511; WESSELS, AT, § 14 II 4, S. 111; Die Rechtsprechung zu diesem Problem ist uneinheitlich. Zumeist wird hier auf die Gesichtspunkte der Gefahr und der Unmittelbarkeit abgestellt. Vgl. RGSt 59,1; 66,142; 70,212; 70, 387; 77,172; BGHSt 4,270

3) BGH, Urt. vom 10.5.1966 5 StR 120/66 wiedergegeben bei DALLINGER, MDR 1966, 725 f.

bestimmten Tagen zu bestimmten Zeiten Lohngelder bei einer Bank abzuholen pflegte, aufgelauert, um sie auszurauben. Die Buchhalterin erschien, ohne von den Tätern bemerkt zu werden. Der BGH hielt an seiner schon vorher geäußerten Ansicht[1] fest, in solchen Auflauerungsfällen liege ein Versuch vor, wenn und sobald sich das Opfer dem Tatort nähert. Der BGH betone, es komme nicht darauf an, ob der Täter die Annäherung des Opfers bemerkt habe. Diese Entscheidung läßt sich zwar auch mit der Erwägung rechtfertigen, ein Versuch liege deshalb vor, weil nach der Vorstellung der Täter sich die Buchhalterin dem Tatort genähert habe. Sie läßt sich aber auch so verstehen, daß die objektive Annäherung selbst ohne eine entsprechende Vorstellung der Täter genügt, um die Annahme eines Versuchs zu rechtfertigen[2]. Die Frage, wie die Entscheidung zu deuten ist, läßt sich nicht entscheiden, da die Entscheidungsgründe nicht vollständig veröffentlicht sind. Es kommt hier nur darauf an, zu zeigen, daß eine Konstruktion, die den Versuchsbeginn von einem dem Täter nicht aktuell bewußten Ereignis abhängig macht, denkbar ist.

3. Die Rechtfertigung des Verzichts auf ein im Zeitpunkt des Versuchsbeginns vorliegendes Bewußtsein

Aus diesen Konstellationen läßt sich jedoch nicht der Schluß ziehen, ganz generell sei der Versuchsbeginn unabhängig davon, ob dem Täter das den Versuchsbeginn auslösende Ereignis in actu bewußt ist. Gegen eine solche Annahme spricht schon der Wortlaut des § 22, wonach der Versuch beginnt, wenn der Täter "nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt." Auch die geschilderten Konstellationen rechtfertigen es nicht, von einer subjektiven Beziehung zu dem den Versuchsbeginn auslösenden Ereignis ganz abzusehen. Denn bei näherem Hinsehen zeigt sich, daß auch hier eine bestimmte subjektive Beziehung besteht.

---

1) BGH NJW 1952, 514; BGH NJW 1954, 567

2) Vgl. die ausführliche Darstellung und Besprechung der Entscheidung bei BECHER, Diss., S. 58 ff.

Bei der mittelbaren Täterschaft weiß der Hintermann, daß der Tatmittler zur eigentlichen Tatausführung schreiten wird. Er weiß zwar nicht notwendig, wann dies der Fall ist, wohl aber weiß er, daß es dazu kommen wird, oder rechnet zumindest damit und hat dies in einer tatherrschaftsbegründenden Weise veranlaßt. Wenn man zu diesem Problem der Meinung zustimmt, die einen Versuch erst mit dem unmittelbaren Ansetzen des Tatmittlers bejaht[1], wird die darin liegende Abweichung von dem Grundsatz, daß nur in actu bewußte Ereignisse als versuchsbegründend zugerechnet werden - eine Abweichung vom Koinzidenzprinzip -, durch die vorher begründete subjektive Beziehung zu diesem Ereignis gerechtfertigt. Die vorherige Einbeziehung dieses Ereignisses trägt die Zurechnung. Sie begründet das Urteil, es handle sich um ein vom Willen des Täters getragenes und ihm zurechenbares Verhalten.

Ähnlich ist es bei der actio libera in causa. Wie schon dargestellt, fehlt es auch hier in einem Teil der Fälle an einer koinzidenten Beziehung zwischen zugerechnetem Verhalten und der die Zurechnung begründenden Vorstellung. Dieses Manko wird aber dadurch ausgeglichen, daß der Täter die Tatausführung unter Einbeziehung des Defekts geplant hat. Das Fehlen der Koinzidenz ist Teil seines Plans. Diese Tatsache begründet das Urteil, seine Vorstellung sei dem objektiv verwirklichten Unrecht trotz der fehlenden Koinzidenz konnex.

Es stellt sich nun die Frage, wie die subjektive Beziehung in den hier untersuchten Fällen beschaffen ist. Man kann im Fall 5 b) der F vorwerfen, sie hätte erkennen können und müssen, daß sie infolge einer Ohnmacht oder eines ähnlichen Ereignisses später nicht mehr in der Lage sein werde, den M zu retten. Sieht man es so, dann liegt eine Fahrlässigkeits-Vorsatz-Kombination vor. Der Vorsatz bezieht sich auf den tatbestandsmäßigen Erfolg, die Fahrlässigkeit auf den Eintritt des Umstands, der den Versuchsbeginn markiert[2]. Es hat den

---

1) Hierher gehören auch die Autoren, die diese Lösung zwar nicht für alle, aber doch für einige Fallgruppen vertreten

2) So wohl HERZBERG, MDR 1973,93

Anschein, als sei diese Fahrlässigkeit nicht ausreichend, das Manko des aktuellen, koinzidenten Bewußtseins auszugleichen. Das ist indessen nicht so sicher. Im Rahmen der Behandlung der vorsätzlichen actio libera in causa ist in letzter Zeit die Frage, welche Beziehung zu dem Defekt vorliegen muß, streitig geworden. Die herrschende Meinung geht davon aus, daß der frei gefaßte Vorsatz sich auch auf die Herbeiführung des Defekts beziehen muß[1]. Dem steht eine Mindermeinung gegenüber, die insoweit Fahrlässigkeit ausreichen läßt[2]. Nach dieser Ansicht liegt eine vorsätzliche actio libera in causa auch dann vor, wenn der Täter einen frei gefaßten Plan in einem fahrlässig herbeigeführten Defekt ausführt. Vom Boden dieser Auffassung aus wäre in den hier untersuchten Fällen die Bestrafung des Täters wegen vorsätzlicher Erfolgsherbeiführung unproblematisch. Es kann jedoch dahinstehen, ob diese im Rahmen der actio libera vertretene Auffassung zutreffend ist.

Bei genauerer Untersuchung zeigt sich nämlich, daß der Täter in diesen Fällen bezüglich des Defekts keineswegs nur fahrlässig handelt. Im Beispiel 5 b) mag die F nicht die Möglichkeit bedacht haben, daß sie ohnmächtig werden könnte. Mit dieser Feststellung ist aber noch nicht gesagt, daß insoweit allenfalls Fahrlässigkeit vorliegt. Betrachtet man nämlich nur diesen Aspekt der Vorstellung der F, so gerät ein anderer aus dem Blickfeld. F mag zwar den Defekt in seiner Art nicht vorausgesehen und bedacht haben, sie wußte jedoch - und das gilt für alle Fälle dieser Art -, daß ihre Existenz und Handlungsfähigkeit die einzige Sicherung war, die dem abzuwendenden Erfolg entgegenstand. Anders gewendet heißt das, daß sie wußte, daß eine möglicherweise eintretende Handlungsunfähigkeit den M dem Verderben preisgeben würde. Es ist also nicht zutreffend, wenn ein völliger Vorsatzmangel bezüglich des

---

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 51 Rdnr. 38; MEZGER-BLEI, AT, § 60 I, S. 186; SCHMIDHÄUSER, AT, 10/23, S. 300; BAUMANN, AT, § 23 III 1, S. 370; JESCHECK, AT, § 40 VI 2, S. 335; OEHLER, JZ 1970,380 f.; BGHSt 2,15; 10,247; 17,333; wohl auch KRAUSE, Festschrift-Mayer, S. 311 ff.

2) HRUSCHKA, JuS 1968,558 und SchZStR 90 (1974), 72 f.; CRAMER, JZ 1968, 273 f. und Vollrauschtatbestand, S. 132 ff.; MAURACH, JuS 1961,376; inzident auch BGHSt 21, 381

hier vorliegenden Defekts behauptet wird. Vielmehr ist es so, daß die Folgen der Handlungsunfähigkeit durchaus gesehen werden. Diese Vorstellung ist in dem ohnehin vorauszusetzenden Willen, bis zum Erfolgseintritt untätig zu bleiben, enthalten. Nun entwickelt sich aber das Geschehen nicht so, wie es sich der Täter vorstellt. Er glaubt, der Erfolg werde eintreten, weil er trotz vorhandener Handlungsfähigkeit willentlich untätig bleiben werde. Demgegenüber beruht seine Untätigkeit tatsächlich von einem gewissen Zeitpunkt darauf, daß er gar nicht handeln kann oder daß ohne sein Wissen die letzte Eingriffsmöglichkeit verstreicht. Aber auch insoweit, was also den Grund der Untätigkeit betrifft, ist es nicht unproblematisch, einen Vorsatz des Täters zu leugnen. Herzberg betont selbst, es sei eine alltägliche, jedermann geläufige Erfahrung, daß man handlungsunfähig werden bzw. daß sich eine Situation unerwartet zuspitzen könne[1]. Er spricht davon, daß kein Mensch je sicher sein dürfe, etwas Versäumtes nachholen zu können. Weiter meint er, der Täter werde sich sehr oft bewußt sein, daß das Leben des anderen an seinem, des Täters, Leben hänge. Dem ist zuzustimmen. Aber auch dort, wo sich der Täter dieser Tatsache nicht "sehr bewußt" ist, fehlt es ihm nicht an diesem Wissen. Der Täter mag diese Abhängigkeit des anderen und seine eigene Anfälligkeit nicht immer reflektieren. Das Bewußtsein der Abhängigkeit des anderen ist notwendige Voraussetzung des Vorsatzes beim Unterlassungsdelikt. Damit ist aber der Inhalt des Bewußtseins nicht vollständig erfaßt. Gerade weil die eigene Anfälligkeit und die Möglichkeit unerwarteter Zuspitzung selbstverständliche Erfahrungen sind, sind dem Täter diese Möglichkeiten mitbewußt. Schewe spricht von der Unscheinbarkeit des Selbstverständlichen[2]. Das Wissen um diese Möglichkeiten ist also nicht nur potentielles Bewußtsein, sondern als Teil des Mitbewußtseins anzusehen. Das bedeutet, daß der Untätige auch insoweit Vorsatz hat.

---

1) HERZBERG, MDR 1973, 93 f.

2) SCHEWE, Bewußtsein, S. 114

Insgesamt stellt sich der Bewußtseinsinhalt des zunächst untätigen Täters also so dar, daß er die Möglichkeit eines plötzlich eintretenden Herrschaftsverlustes und einer unerwarteten Gefahraktualisierung kennt. Dazu kommt das sogar ausdrückliche Bewußtsein der Folgen solcher Ereignisse. Der Täter weiß, was passiert, wenn er nicht eingreift, worauf auch immer das beruhen mag. Eine Lücke in der Vorstellung des Täters besteht in diesen Fällen allenfalls insoweit, als dem Täter nicht genau bewußt ist, auf welche Art er die Herrschaft verliert oder wie sich die Gefahr plötzlich verdichtet. Im Fall 5 b) mag der F nicht bewußt sein, daß sie durch eine Ohnmacht die Herrschaft verlieren wird. Selbst dies kann aber vom Mitbewußtsein umfaßt sein. Dann ist die Annahme eines Vorsatzes vollends unproblematisch. Insoweit kann aber auch eine echte Bewußtseinslücke vorhanden sein. Diese Bewußtseinslücke bezieht sich aber nur auf die konkrete Art, in der sich der Herrschaftsverlust oder die Gefahraktualisierung vollziehen. Bezüglich der Möglichkeit eines plötzlichen Herrschaftsverlusts bzw. einer Gefahraktualisierung besteht eine solche Bewußtseinslücke nicht.

Dieser psychische Befund wirft die Frage auf, ob nicht der Täter in diesen Fällen sich in vollem Umfang vorsätzlich verhält. Meines Erachtens ist dies zu bejahen.
Betrachtet man nur den festgestellten Inhalt des Mitbewußtseins, also das Bewußtsein, daß ein plötzlicher Herrschaftsverlust oder eine plötzliche Gefahraktualisierung möglich sind, so ist die Zuordnung zum Vorsatz relativ unproblematisch. Da es sich dabei um eine Möglichkeitsvorstellung handelt, könnte man allerdings daran denken, insoweit nur bewußte Fahrlässigkeit anzunehmen. Das ist aber nicht richtig. Der Streit um die richtigen Abgrenzungskriterien spielt hierbei keine Rolle[1]. Die in dieser Diskussion vorgetragenen Argumente passen auf das hier behandelte Problem nicht. Bei diesem

---

1) Vgl. dazu ROXIN, JuS 1964, 53 ff. = Grundlagenprobleme, S. 209 ff. mit umfangreichen weiteren Nachweisen

Streit wird immer nur der Fall eines möglicherweise eintretenden Nebenerfolges behandelt[1]. Hier liegt bezüglich des eingetretenen Erfolgs unzweifelhaft Vorsatz vor. Eine Eventualvorstellung ist nur hinsichtlich eines zweiten zu dem vorgestellten Erfolg führenden Geschehensablaufs gegeben. Eine solche Vorstellung wird aber allgemein als vorsätzlich angesehen[2]. Will ein Täter einen bestimmten Erfolg erreichen und erkennt er, daß dieser Erfolg auch auf einem anderen als dem primär vorgestellten Weg eintreten kann, liegt auch dann eine vorsätzliche Erfolgsherbeiführung vor, wenn der Erfolg tatsächlich durch den nur als möglich angesehenen Kausalverlauf herbeigeführt worden ist. Dies gilt unabhängig davon, ob der Täter diesen Kausalverlauf für unwahrscheinlich hielt, ihn nicht billigte - etwa weil er ein höheres Risiko in sich barg - oder er diese Möglichkeit nicht ernst nahm. Das findet seine Berechtigung darin, daß bei der Zuordnung zum Vorsatz die psychische Beziehung zum Erfolg maßgeblich ist.
Gegen die Einordnung des festgestellten Befundes in den Bereich des Vorsatzes kann man demnach nur das Fehlen einer detaillierten Vorstellung über die konkrete Art und den konkreten Grund des Herrschaftsverlusts bzw. der Gefahraktualisierung ins Feld führen. Eine detaillierte Vorstellung hierüber ist jedoch zur Annahme von Vorsatz in diesen Fällen nicht erforderlich. Eine genauere Vorstellung über diesen Kausalfaktor gehört nicht zum notwendigen Inhalt des Vorsatzes. Bei der Feststellung der Kausalität ist bekanntlich ein regressus ad infinitum möglich, weil jede Ursache ihrerseits Wirkung einer anderen Ursache ist. Der Vorsatz braucht aber nur das letzte Glied dieser Kette zu erfassen. Es reicht aus, daß der Täter eine bestimmte Tatsache als möglicherweise gegeben

---

1) Darauf hat schon ENGISCH, Untersuchungen, S. 86 hingewiesen

2) HERZBERG, ZStW 85 (1973), 886; STRATENWERTH, AT, Rdnr. 316; zumeist wird diese Konstellation nicht ausdrücklich behandelt. Aus dem Kontext ist aber zu schließen, daß hier die Vorsatzbestrafung als selbstverständlich angesehen wird

in seinen Tatplan einbezieht. So liegt es in den hier untersuchten Fällen. Dem Täter ist bewußt, daß seine Untätigkeit, die der relevante Verursachungsbeitrag ist, auf mehreren Gründen beruhen kann. Sie kann, das ist seine primäre Vorstellung, durchgängig bewußt sein oder auf einem in actu unbewußten Herrschaftsverlust oder einer in actu unbewußten Gefahraktualisierung beruhen. Der relevante Kausalfaktor, seine Untätigkeit, ist in allen Fällen der gleiche und von seinem Vorsatz umfaßt. So wenig wie sonst braucht der Vorsatz sich hier auf alle vorhergehenden Glieder der Kausalkette zu beziehen. Auch Herzberg sagt an einer Stelle seines Aufsatzes, es handele sich insoweit um einen unbeachtlichen Irrtum über den Kausalverlauf, der also den Vorsatz bestehen läßt[1].

Ein zweites kommt hinzu. Wie schon ausgeführt, beruht das Bewußtsein, daß der Täter die Herrschaft verlieren kann bzw. sich die Gefahr plötzlich aktualisieren kann, auf der alltäglichen Erfahrung der menschlichen Anfälligkeit und der Unsicherheit exakter Vorausberechnung. Jedermann weiß, daß er vielfältigen Einflüssen ausgesetzt ist. Hinsichtlich der Gründe für den Herrschaftsverlust und die den Erwartungen widersprechende Entwicklung der Gefahr besteht eine gewisse Offenheit des Bewußtseins. Gerade weil die Gründe der Anfälligkeit vielfältig sind, ist auch das Bewußtsein nicht auf eine spezifische Art des möglichen Defekteintritts begrenzt. Der Vielfalt der möglichen Einflüsse entspricht die Breite des Mitbewußtseins. Wegen dieser Offenheit des Bewußtseins ist es gestattet, in den erörterten Fällen auch die Art und den Grund des Herrschaftsverlusts bzw. der Gefahraktualisierung als vom Vorsatz umfaßt anzusehen.

Als Fazit dieser Erörterungen ergibt sich, daß auch in den von Herzberg genannten Fällen der Täter sich bezüglich der deliktsrelevanten Umstände vorsätzlich verhält.

---

1) HERZBERG, MDR 1973, 94. An anderer Stelle, a.a.O. S. 93 geht er aber davon aus, daß nur Fahrlässigkeit vorliegen kann

Strukturell gleichen diese Fälle denen der vorsätzlichen actio libera in causa. Hier wie dort hat der Täter zu einem bestimmten Zeitpunkt den Vorsatz bezüglich aller erforderlichen Umstände gefaßt. In diesem Zeitpunkt begeht er aber noch kein Delikt. In einem späteren Zeitpunkt, zu dem er sich nach objektiven Maßstäben deliktisch verhält, ist eine Zurechnung bestimmter Ereignisse im Rahmen des Schuldvorwurfs aus Gründen, die von dem vorher gefaßten Vorsatz erfaßt werden, aktuell nicht möglich. Diese strukturelle Gleichheit erlaubt es, in den hier untersuchten Fällen nach den gleichen Grundsätzen zu verfahren wie bei der vorsätzlichen actio libera in causa. Bei der durch Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit verübten actio libera in causa beginnt der Versuch, wie oben ausgeführt wurde[1], während des Defektzustandes. Der Versuchsbeginn wird also nicht von einem gleichzeitigen, zurechenbaren Vorsatz begleitet. Dieser Mangel an Koinzidenz von zurechenbarem Vorsatz und Tatausführung wird aber dadurch aufgewogen, daß der Täter in freiem Zustand einen umfassenden Vorsatz gefaßt hat, der gerade auch diesen Mangel an Koinzidenz umschloß. Dieser Zusammenhang rechtfertigt das Urteil, die Tat werde vorsätzlich und schuldhaft ausgeführt. In den hier untersuchten Fällen verhält es sich genauso. Der Versuch beginnt hier mit dem in actu unbewußten Verlust der Herrschaft bzw. mit der aktuell nicht bewußten Gefahraktualisierung. Der Mangel an Koinzidenz wird auch hier dadurch ausgeglichen, daß dem Täter vorher bewußt war, daß es so werde kommen können. Auch hier besteht also die erforderliche Beziehung zwischen Vorsatz und objektiv verwirklichtem Unrecht.

Die vorgeschlagene Lösung, in den von Herzberg genannten Fällen einen Versuch mit dem Herrschaftsverlust bzw. mit der Gefahraktualisierung beginnen zu lassen, obgleich dem Täter diese Ereignisse nicht in dem Moment, wo sie geschehen, bewußt sind, ist einem Einwand ausgesetzt, der an folgendem Beispiel verdeutlicht werden soll.

> A will den Politiker P durch einen Bombenanschlag töten. Er rechnet damit, daß auch Unbeteiligte dem Anschlag zum Opfer fallen werden. Während A die

---

1) Vgl. oben S. 130 ff.

Bombe installiert, explodiert sie und tötet mehrere Menschen[1].

Die herrschende Meinung nimmt in diesem Fall nur eine fahrlässige Tötung an[2]. Die vorliegende Abweichung im Kausalverlauf ist zwar an sich durchaus nicht ungewöhnlich und daher unwesentlich. Aber nach der herrschenden Ansicht können die Regeln über die Abweichung im Kausalverlauf erst angewendet werden, wenn die Tat schon in das Versuchsstadium gelangt ist[3]. Dieser Fall ähnelt der untersuchten Fallgruppe insofern als auch hier durch ein in der Vorbereitungsphase liegendes Ereignis unerwartet der Erfolg herbeigeführt wird. Man kann daher argumentieren, auch hier könne man nur eine fahrlässige Erfolgsherbeiführung annehmen, wenn man den Versuch nicht schon mit der ersten Untätigkeit beginnen läßt[4]. Es ist zweifelhaft, ob die herrschende Ansicht den angeführten Beispielsfall richtig löst, wenn sie dem A nur fahrlässige Tötung vorwirft[5]. Selbst wenn man das aber unterstellt, ergibt sich daraus nichts gegen die vorgeschlagene Behandlung der Unterlassungsfälle. In dem Beispielsfall fehlt es an einer Vorstellung des Täters, die Bombe könne während der Vorbereitungsphase losgehen. Es fehlt also an der erforderlichen Konnexität. Wenn der Fall aber anders gestaltet ist, nämlich so, daß dem A bewußt war, daß die Bombe schon vorzeitig explodieren kann, steht meines Erachtens nichts entgegen, eine

---

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 59 Rdnr. 24

2) HERZBERG, MDR 1973, 93; SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 59 Rdnr. 24; OEHLER, JZ 1970,382 und GA 1956,2; STRATENWERTH, AT, Rdnr. 298

3) BGHSt 23, 356 (358). Die Frage war noch offengelassen worden in BGHSt 23, 133

4) HERZBERG, MDR 1973, 93

5) Als Grenze für die Anwendung der Regeln über die Abweichung im Kausalverlauf kommt auch die Aufnahme von Vorbereitungshandlungen in Betracht. Gerade der Fall BGHSt 23,356 zeigt die Fragwürdigkeit der vom BGH für maßgeblich gehaltenen Grenze. Die Sachverständigen waren sich offenbar nicht einig, ob der Angeklagte kurz vor oder kurz nach Versuchsbeginn zurechnungsunfähig geworden war. Vgl. dazu GEILEN, JuS 1972, 73 ff. und Festschrift-Maurach, S. 173 ff. insbesondere S. 194

vorsätzliche, vollendete Tötung anzunehmen. Liegt der Fall so, dann ist er den hier behandelten Unterlassungsfällen genau parallel und die gleichen Grundsätze greifen ein.
Der BGH hat in einem Fall, der dem dargestellten Bombenlegerbeispiel gleicht, einmal ein vollendetes Delikt angenommen und hat damit die hier vorgeschlagene Lösung im Ergebnis praktiziert[1]. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

> Die Angeklagten hatten einen Diebstahl geplant. Nachdem sie in dem Ort, wo der Diebstahl ausgeführt werden sollte, angekommen waren, sprachen sie dem Alkohol zu und wurden zurechnungsunfähig[2]. Anschließend begaben sie sich zum Tatort und führten den Diebstahl wie geplant aus.

Als die Täter im Sinne des § 22 unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzten, waren sie bereits schuldunfähig. Die den Versuchsbeginn auslösenden Handlungen sind mithin den Tätern nicht zurechenbar. Man wird auch nicht unterstellen können, daß die Täter die Schuldunfähigkeit vorsätzlich in die Deliktsplanung einbezogen haben. Dennoch hat der BGH die Verurteilung wegen Diebstahls gutgeheißen. Zur Begründung führte der BGH an, es handle sich um einen Fall der actio libera in causa. Es soll hier nicht erörtert werden, ob diese Einordnung zutrifft[3].

---

1) BGHSt 21,381

2) Das wurde wenigstens vom LG und vom BGH unterstellt

3) Man wird wohl annehmen können, daß der BGH nicht ganz die Tragweite der Entscheidung gesehen hat. Um eine vorsätzliche actio libera in causa annehmen zu können, hätte der BGH nach seiner bisherigen Rechtsprechung (BGHSt 17,333 und BGH LM Nr. 7 zu § 51) dartun müssen, daß die Täter die Zurechnungsunfähigkeit vorsätzlich im Hinblick auf den geplanten Diebstahl herbeigeführt haben. Dafür fehlt aber jeder Anhaltspunkt im Sachverhalt. Die Annahme einer actio libera in causa war nur dann möglich, wenn man dazu auch die fahrlässige Herbeiführung des Defekts ausreichen läßt. Vgl. dazu HRUSCHKA, JuS 1968, 554 und CRAMER, JZ 1968, 272. Diese Frage erörterte der BGH nicht. Stattdessen erörterte er, welcher Grad an Übereinstimmung zwischen dem in freiem Zustand gefaßten Plan und der später ausgeführten Tat zur Annahme einer actio libera in causa erforderlich ist. Zu diesen Ausführungen bestand gar kein Anlaß, weil die Übereinstimmung außer Frage stand. Der BGH stellte dies selbst am Anfang des Urteils fest (a.a.O. S. 381). Auch CRAMER, JZ 1968,273 f. und MARTIN, Anm. zu LM Nr. 6 zu § 51 rügen diese falsche Akzentuierung.

Diese Entscheidung widerspricht dem vom BGH aufgestellten Satz, daß der Täter mit der Verwirklichung des Delikts in versuchsbegründender Weise in zurechnungsfähigem Zustand begonnen haben muß, wenn eine Erfolgszurechnung möglich sein soll[1]. Sie zeigt, daß der vorgeschlagene Verzicht auf ein den Versuchsbeginn begleitendes Bewußtsein offenbar nicht als befremdlich angesehen wird. Das Problem wurde vom BGH gar nicht einmal in seiner Bedeutung erkannt. Die vorgeschlagene Lösung geht nicht so weit, wie die Entscheidung BGHSt 21,381. Der BGH hat dort nicht nur auf die Koinzidenz von Vorsatz und Tatausführung verzichtet, sondern auch auf einen gerade hierauf gerichteten Vorsatz, der dieses Manko wieder ausgleicht.

Es haben sich also keine durchschlagenden Bedenken gegen die erwogene Lösung der Fälle des unbewußten Herrschaftsverlusts und der unbewußten Gefahraktualisierung ergeben. Auch in diesen Fällen beginnt der Versuch also in dem Zeitpunkt des Herrschaftsverlusts oder der Gefahraktualisierung. Es ist nicht erforderlich, den Versuch in allen Fällen mit dem frühestmöglichen Zeitpunkt einsetzen zu lassen, nur um diese Fälle richtig erfassen zu können, wie Herzberg meint.

Im Fall 5 b) macht sich F also einer versuchten Tötung erst in dem Moment schuldig, wo ihr infolge der Bewußtlosigkeit die Herrschaft entgleitet.

Aus der hier vertretenen Auffassung ergibt sich freilich, daß der Garant sofort eingreifen muß, wenn er das Risiko, für den möglicherweise eintretenden Erfolg verantwortlich gemacht zu werden, ganz ausschließen will. Tut er das nicht und entgleitet ihm später die Kontrolle, so ist er wegen eines vollendeten Delikts zu bestrafen. Der Garant ist also wohlberaten, wenn er sofort eingreift. Nach der Ansicht von Herzberg ist er dazu sogar bei Strafe verpflichtet. Der Unterschied zwischen der hier vertretenen Ansicht und der Ansicht Herzbergs scheint also in seinen praktischen Folgen geringfügig und eher theoretischer Natur zu sein.

---

1) BGHSt 23, 358

Diese Einschätzung ist jedoch nicht richtig. Die hier vertretene Ansicht ist nicht nur theoretisch von der Herzbergs verschieden, sie führt auch zu wichtigen Unterschieden in der praktischen Anwendung. Der grundsätzliche Unterschied ist eben der, daß nach Herzbergs Ansicht die Strafbarkeit sehr viel früher beginnt als es hier für richtig gehalten wird. Der Bürger bewegt sich bei Anwendung der erörterten Kriterien länger im Bereich des Straflosen. Wenn der Täter schließlich doch noch eingreift, führt die hier vertretene Ansicht zu einem weiteren Bereich der Straflosigkeit. Nach Herzbergs Ansicht kann der Pflichtige Straflosigkeit nur durch ein solches Eingreifen erlangen, das den Kriterien des Rücktritts genügt. Er muß also freiwillig im Sinne des § 24 eingreifen. Nach der hier vertretenen Ansicht schließt vor der Versuchsgrenze jedes Eingreifen, sei es auch unfreiwillig, die Strafbarkeit des Garanten aus. Denn auf die Freiwilligkeit des "Rücktritts" kommt es im Vorbereitungsstadium nicht an. Dadurch, daß ein Vorbereitungsstadium anerkannt wird, wird eine Parallelität zum Begehungsdelikt hergestellt. Nach Herzbergs Theorie existiert kein Vorbereitungsstadium. Schließlich erscheint die vorgeschlagene Abgrenzung auch deshalb als vorzugswürdig, weil sie aus der in § 22 enthaltenen Leitlinie entwickelt wurde, während Herzberg seine Ansicht im wesentlichen unabhängig von § 22 begründet und auf die vermeintlichen Schwächen der Gegenansichten stützt.

D. Zusammenfassung

Mit der Erörterung der Fälle eines unbewußten Herrschaftsverlusts und einer unbewußten Gefahraktualisierung sind die in Betracht kommenden Fallgruppen untersucht und die Brauchbarkeit der erwogenen Kriterien an ihnen erprobt worden. Dabei hat sich gezeigt, daß die von Roxin vorgeschlagenen Abgrenzungskriterien sich im wesentlichen bewähren. Diese Kriterien stehen im Einklang mit der Leitlinie des § 22. Sie erlauben eine sinnvolle Beschränkung des Versuchsbereichs

und gewährleisten eine ausreichende Flexibilität. Die von Roxin vorgeschlagenen Kriterien können jedoch nur zur Bestimmung der Ansatzphase herangezogen werden. In den Fällen, in denen der Täter sogleich mit einer Teilverwirklichung des Tatbestandsverhaltens beginnt, müssen diese Kriterien ergänzt werden. Insgesamt gilt folgendes:
Der Täter setzt, wenn er untätig bleiben will und die drohenden Folgen erkennt, unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes eines unechten Unterlassungsdelikts an, wenn er die Herrschaft über den Geschehensablauf aufgibt oder verliert oder wenn die Gefahr des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolgs akut wird.
Der Täter verwirklicht teilweise den Tatbestand des Unterlassungsdelikts, wenn er nicht gegen eine auf den tatbestandsmäßigen Erfolg zulaufende aktuelle Beeinträchtigung der Integrität des Schutzgutes einschreitet.
Will ein Garant einer für einen späteren Zeitpunkt bestehenden Handlungspflicht nicht nachkommen und schließt er zu diesem Zweck seine Eingriffsmöglichkeit für diesen Zeitpunkt aus, so setzt er mit dem Ausschluß der Eingriffsmöglichkeit unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an.
Hebt der Täter zum gleichen Zweck seine Schuldfähigkeit auf oder vermindert er sie, beginnt der Versuch erst, wenn er in dem von ihm herbeigeführten Zustand die Herrschaft über das Geschehen aufgibt, wenn die Gefahr sich aktualisiert oder wenn der Untätige den Tatbestand dadurch verwirklicht, daß er gegen eine aktuelle Beeinträchtigung der Integrität des Schutzguts nicht einschreitet. Verliert der Täter die Herrschaft unbewußt oder aktualisiert sich die Gefahr ohne sein Wissen, beginnt gleichwohl der Versuch mit dem Herrschaftsverlust oder der Gefahraktualisierung. In allen Fällen ist die Vorstellung des Täters von der Tat und dem Geschehensablauf zu berücksichtigen.

4. Kapitel

Die Form des Versuchs beim unechten Unterlassungsdelikt

A. Die Problematik

Nachdem im vorigen Kapitel die Frage des Beginns des Versuchs beim unechten Unterlassungsdelikt erörtert wurde, ist nunmehr zu klären, in welcher Form der Versuch hier auftritt.
Diese Frage, ob es also sowohl einen unbeendeten als auch einen beendeten Versuch oder nur eine dieser Formen gibt, wird zumeist recht kursorisch behandelt. In den neueren Lehrbüchern und Kommentaren findet sich häufig wenig mehr als der Satz, wie beim Begehungsdelikt könne auch beim Unterlassungsdelikt zwischen unbeendetem und beendetem Versuch unterschieden werden[1]. Daneben wird auch die Ansicht vertreten, beim Unterlassungsdelikt gebe es nur den beendeten Versuch[2].
Bei der Untersuchung dieses Problems muß man von zwei Fragen ausgehen: Zunächst muß geklärt werden, was der Anknüpfungspunkt der Unterscheidung zwischen den beiden Versuchsarten ist. Sodann ist zu ermitteln, welche dogmatische Funktion die Unterscheidung hat. Zur Klärung dieser Fragen ist es erforderlich, den Blick auf die Begehungsdelikte zu richten. Die dort gewonnenen Einsichten können dann in sinnvoller Weise auf den Versuch des Unterlassungsdelikts entsprechend angewendet werden.

B. Der Anknüpfungspunkt der Unterscheidung zwischen den Versuchsarten

1) MEZGER-BLEI, AT, § 74 III 1, S. 247; MAURACH, AT, § 41 II 2, S. 502 f.; etwas ausführlicher MAIHOFER, GA 1958,298; LÖNNIES, NJW 1962, 1950 ff.; GRÜNWALD, JZ 1959, 46 ff.; STRATENWERTH, AT, Rdnr. 1127

2) SCHMIDHÄUSER, AT, 17/43, S. 574; HERZBERG, MDR 1973,93; ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 232 FN 54; SK-RUDOLPHI, Rdnr. 56 vor § 13

I. Betrachtung des Begehungsdelikts

Die Unterscheidung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch trifft das Gesetz im Zusammenhang mit der Regelung des strafbefreienden Rücktritts (§ 24 I, § 46 Nr. 1 und 2 a.F.). Bei der Bestimmung der beiden Versuchsarten wird auf die Verschiedenartigkeit des Rücktrittsverhaltens abgestellt. Unbeendet ist ein Versuch dann, wenn der Täter noch nicht alles nach seiner Vorstellung Erforderliche getan hat, beendet dann, wenn dies der Fall ist[1]. Beim unbeendeten Versuch reicht Untätigkeit als äußeres Rücktrittsverhalten aus, während der Täter beim beendeten Versuch zum Zweck der Erfolgsabwendung aktiv werden muß. Über dieses Prinzip besteht heute Übereinstimmung. Im einzelnen gibt es auch hier Streitpunkte, etwa zu der Frage, welcher Zeitpunkt bei der Berücksichtigung der Tätervorstellung zugrundezulegen ist, wenn diese Vorstellungen sich ändern. Auf derartige Streitfragen kommt es jedoch für die hier zu untersuchende Frage nicht an, vielmehr ist es ausreichend, das Prinzip festzuhalten.

II. Mögliche Anknüpfungspunkte beim Unterlassungsdelikt

Eine entsprechende Unterscheidung ist auch beim Unterlassungsdelikt in vielen Fällen denkbar. Man kann hier nämlich danach fragen, ob das zur Erfolgsabwendung erforderliche Verhalten sich innerhalb der Versuchsphase ändert und diesen Wendepunkt als die Grenze zwischen unbeendetem und beendetem Versuch ansehen[2]. Eine konsequente Übertragung der beim Begehungsdelikt anerkannten subjektiven Abgrenzung würde also von diesem Ausgangspunkt her dazu führen, daß ein unbeendeter Versuch solange vorliegt, wie der Täter glaubt, durch die anfangs von ihm geforderte Handlung den Erfolg noch abwenden zu können.

---

1) Die Subjektivierung ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes. Sie entspricht aber allgemeiner Ansicht. Vgl. nur SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 46 Rdnr. 6 m.w.N. Anders früher LK (Lobe), StGB, 5. Aufl., § 46 Anm. 1

2) Diese Abgrenzung versagt, wo sich das erforderliche Rücktrittsverhalten nicht ändert

Diese auf das konkret erforderliche Rücktrittsverhalten abstellende Formel wird in der Literatur häufig vorgeschlagen[1]. Es ist zuzugeben, daß es in dieser Weise möglich ist, innerhalb des Unterlassungsversuchs Stadien aufzuweisen.
Von anderen wird angenommen, der Eintritt der nach Ansicht des Täters letzten Möglichkeit zur Erfolgsabwendung markiere die Grenze zwischen unbeendetem und beendetem Versuch[2].
Die Vertreter einer dritten Meinung wiederum bestreiten die Bedeutung dieser Zeitpunkte. Bei der Betrachtung des Rücktrittsverhaltens heben sie nicht auf dessen konkreten Inhalt ab, sondern betonen, daß abstrakt der Rücktritt vom Versuch des Unterlassungsdelikts immer ein Tätigwerden des Täters voraussetzt. Aus dieser Sicht ergibt sich, daß es beim Unterlassungsdelikt nur eine Versuchsform geben kann[3]. Das erforderliche Rücktrittsverhalten entspricht dem des beendeten Versuchs des Begehungsdelikts, so daß die Vertreter dieser Ansicht annehmen, beim Unterlassungsdelikt gebe es nur den beendeten Versuch.
Diese Meinungsverschiedenheit bei gleichem Ausgangspunkt, nämlich dem Abstellen auf die Art des Rücktrittsverhaltens, zeigt, daß der Ansatz nicht präzise genug ist. Er gestattet sowohl eine konkrete wie auch eine abstrakte Beurteilung des Rücktrittsverhaltens und liefert damit keine eindeutige Antwort.
Es muß zunächst die Funktion der Unterscheidung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch geklärt werden. Dann kann entschieden werden, ob die konkrete oder die abstrakte Sichtweise dieser Funktion gerecht wird und daher vorzugswürdig ist.
Zur Klärung dieser Frage ist es zweckmäßig, zunächst den Versuch des Begehungsdelikts zu betrachten.

---

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 46 Rdnr. 12 anders in JuS 1962, 86, vgl. dazu die nächste Fußnote; LÖNNIES, NJW 1962, 1951; WESSELS, AT, § 17 VI 2, S. 140; ähnlich,aber differenzierend, GRÜNWALD, JZ 1959,46 ff.

2) MAIHOFER, GA 1958, 298; SCHRÖDER, JuS 1962,86

3) HERZBERG, MDR 1973,93; ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 232 FN 54; SCHMIDHÄUSER, AT, 17/43, S. 574; SK-RUDOLPHI, Rdnr. 56 vor § 13

C. Die Funktion der Unterscheidung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch beim Begehungsdelikt

I. Darstellung des Meinungsstandes

Nach § 46 a.F. war die Unterscheidung zwischen den beiden Versuchsformen bedeutungsvoll für die subjektiven Voraussetzungen des Rücktritts. Der Rücktritt vom unbeendeten Versuch setzte voraus, daß der Täter die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgab, "ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren." Demgegenüber war zum Rücktritt vom beendeten Versuch erforderlich, daß der Täter "zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat." Diese unterschiedlichen Voraussetzungen haben eine Reihe von Kontroversen aufgeworden. So war streitig, wie die Begriffe Freiwilligkeit[1] und Entdeckung auszulegen seien und ob nicht trotz der Verschiedenheit des Wortlauts eine Angleichung der Rücktrittsvoraussetzungen möglich sei[2]. Diese Kontroversen sind durch § 24 n.F. weitgehend gegenstandslos geworden. Nunmehr ist die Freiwilligkeit bei beiden Versuchsformen Rücktrittsvoraussetzung. Nur bezüglich der Auslegung dieses Begriffs bleibt die Kontroverse aktuell[3].

Ob neben dieser nunmehr durch das Gesetz ausgeräumten Differenz die Unterscheidung der Versuchsformen weitere Konsequenzen hat, war unter der Herrschaft des § 46 a.F. umstritten. Diese Kontroverse ist durch § 24 nicht eindeutig entschieden worden, so daß sie weiterbestehen wird[4]. Die Meinungsverschiedenheit

---

1) Mit dem Begriff "Freiwilligkeit" wurde schlagwortartig der Inhalt des § 46 Nr. 1 a.F. gekennzeichnet

2) Vgl. dazu SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 46 Rdnr. 22 ff. und 33 ff. m.w.N.

3) Vgl. dazu ROXIN, Festschrift-Heinitz, S. 251 ff. m.w.N.

4) In § 26 des E 1959 und § 26 des E 1962 war ausdrücklich das Ausbleiben des Erfolgs zur Voraussetzung des Rücktritts gemacht worden. Bei den Beratungen im Sonderausschuß ging DREHER davon aus, daß auch nach der Formulierung des § 24 das Ausbleiben des Erfolgs vorausgesetzt werde (BT-Drucksache V/1750)

betrifft die Behandlung des mißlungenen Rücktritts vom Versuch. Die wohl als herrschend zu bezeichnende Meinung sieht als unabdingbare Voraussetzung des Rücktritts das Ausbleiben eines dem Täter nach allgemeinen Grundsätzen zurechenbaren Erfolges an[1]. Für die Vertreter dieser Ansicht erschöpft sich die Funktion der Unterscheidung zwischen den Versuchsformen in einer Beschreibung des äußeren Rücktrittsvollzugs, bloßes Untätigbleiben im einen, aktive Erfolgsabwendung im anderen Fall.

Die Vertreter der Gegenmeinung erkennen das Ausbleiben eines dem Täter nach allgemeinen Kriterien zurechenbaren Erfolges dagegen nur beim beendeten Versuch als Rücktrittsvoraussetzung an. Beim unbeendeten Versuch halten sie einen strafbefreienden Rücktritt auch dann für möglich, wenn der tatbestandsmäßige

---

1) BAUMANN, AT, § 34 II 1, S. 525; BAUMANN, Strafrechtsfälle, Fall 20, S. 107 ff.; H. MAYER, Studienbuch, S. 146; GUTMANN, Freiwilligkeit, S. 109 ; ARZT, GA 1964, 6 ff.; SCHMIDHÄUSER, AT, 15/80, S. 500 f.; DREHER, StGB, § 24 Anm. 8; STRATENWERTH, AT, Rdnr. 764 f.; JESCHECK, AT, § 51 III 3, S. 410; BOCKELMANN, AT, S. 199; WESSELS, AT, § 14 IV 2, S. 114; v. HIPPEL, Strafrecht, II, S. 411 FN 6; wohl auch HENKEL, JW 1937,2376; SK-RUDOLPHI, § 24 Rdnr. 16

Erfolg eintritt[1]. Nach dieser Ansicht kann der Täter trotz des eingetretenen Erfolgs wirksam zurücktreten, so daß er allenfalls wegen fährlässiger Erfolgsherbeiführung strafbar ist.

Zur Verdeutlichung der damit angesprochenen Problematik sollen die folgenden Beispiele dienen:

Fall 1) A hat eine Zeitbombe gelegt, um den Politiker P zu töten.

a) Bevor die Bombe losgeht, ändern sich die politischen Verhältnisse. In seiner Freude vergißt A die Bombe.

b) A will die Bombe entschärfen. Das mißlingt. P wird durch die Bombe getötet.

---

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 46 Rdnr. 9, 9 b; SCHRÖDER, JuS 1962, 82; ESER, Strafrecht II, Fall 33, A 46 ff.; NOACK, Diss., S. 71 ff.; LK (Busch), StGB, § 46 Rdnr. 8; ALLFELD, Festgabe-Frank Bd. II, S. 79; KÖHLER, Strafrecht, S. 457. Unklar ist die Stellungnahme von MAURACH, AT, § 41 V D 5, S. 525.
Auch der BGH hat, soweit ersichtlich, noch nicht eindeutig Stellung bezogen. In dem bei DALLINGER, MDR 1953, 721 f. wiedergegebenen Urteil 3 StR 699/52 vom 25.6.1953 erörtert der BGH zwar die Möglichkeit eines Rücktritts vom unbeendeten Versuch trotz Erfolgseintritts. Das kann jedoch auch auf der Annahme einer wesentlichen Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf beruhen (vgl. S. 10 - 12 des Urteils). In dem Urteil 5 StR 465/55 vom 18.10.1955 hat der BGH obiter ausgesprochen, der Rücktritt vom unbeendeten Versuch setze das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolgs voraus (S. 6 des Urteils). Es handelte sich hier um einen in Mittäterschaft begangenen Verschleppungsversuch. Die Ausführungen des BGH lassen nicht erkennen, ob er die genannte These allgemein oder nur für den Fall der Mittäterschaft aufstellen wollte.
Eine merkwürdige Zwischenstellung nimmt MUNOZ-CONDE, GA 1973, 40 ein. Nach seiner Ansicht führt der mißlungene Rücktritt auch vom beendeten Versuch stets zur Haftung wegen Versuchs gegebenenfalls in Idealkonkurrenz mit fahrlässiger Erfolgsherbeiführung. Die Zurechnung des Erfolgs als vorsätzlich herbeigeführt bezeichnet er in allen Fällen als unzulässige Erfolgshaftung. Vgl. dazu unten S. 171 ff. Warum er dann aber den Rücktritt unberücksichtigt läßt, begründet MUNOZ-CONDE nicht. Dies ist unerfindlich. Für den unbeendeten Versuch vertrat FRANK, StGB, § 46 IV, früher ebenfalls die Ansicht,der Täter sei wegen versuchter Erfolgsherbeiführung zu bestrafen.
Im Ergebnis stimmt von SCHEURL, Rücktritt, S. 46 ff., der an sich den Ausgangspunkt der herrschenden Meinung teilt, in einem Teil der Fälle mit der Mindermeinung überein, weil er eine besondere Zurechnungsgrenze postuliert.

Fall 2) F will ihren Ehemann M loswerden. Dies will sie dadurch erreichen, daß sie ihm an sieben Tagen jeweils eine Dosis Gift unter das Essen mischt. Sie hält diese Menge für erforderlich, während in Wahrheit fünf Giftdosen ausreichend sind.

a) Nach der fünften Mahlzeit stirbt M an dem Gift. F ist zufrieden.

b) Nach der fünften Mahlzeit legt sich M zum Mittagsschlaf nieder. F ändert ihren Sinn und beschließt, die zwei restlichen Giftdosen dem M nicht zu verabreichen. M war eine halbe Stunde vor dieser Sinnesänderung an dem Gift gestorben, ohne daß F dies bemerkt hatte.

c) Zum Zeitpunkt der Sinnesänderung der F lebte M noch. Er stirbt eine halbe Stunde später an dem Gift.

Fall 3) A will B erschießen. Schon beim Hochreißen der Waffe löst sich ein tödlicher Schuß.

Die herrschende Meinung geht von dem Grundsatz aus, daß ein Rücktritt nur dann in Betracht kommt, wenn es beim Versuch geblieben ist. Das setzt das Ausbleiben eines dem Täter zurechenbaren Erfolgs voraus. Die Zurechenbarkeit des Erfolgs prüft sie anhand der allgemeinen Kriterien, von denen hier vor allem die wesentliche Abweichung vom Kausalverlauf in Betracht kommt.

Die herrschende Meinung entscheidet alle Beispielsfälle einheitlich. Die Täter sind jeweils wegen vorsätzlicher, vollendeter Tötung zu bestrafen. Das Nichtmehrwollen, die mißlungenen aktiven Rücktrittsbemühungen, das Aufgeben des Tatentschlusses und der Irrtum über die erfolgsauslösende Wirkung der einzelnen Akte sind für die herrschende Meinung irrelevant.

Die Vertreter der Mindermeinung kommen in allen oder einem Teil der Beispielsfälle zu abweichenden Ergebnissen. Den Ausgangspunkt der herrschenden Ansicht - Rücktritt nur bei Ausbleiben eines dem Täter zurechenbaren Erfolgs - teilen jedoch auch sie. Wenn sie dennoch im Fall des mißlungenen Rücktritts vom unbeendeten Versuch eine Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Erfolgsherbeiführung ablehnen, müssen sie demnach in diesem Fall ein Zurechnungshindernis annehmen, das die herrschende

Ansicht nicht kennt. Bei dem Bemühen, ein solches Zurechnungshindernis nachzuweisen, gehen die Vertreter der Mindermeinung verschiedene Wege. Man kann drei verschiedene Lösungsversuche unterscheiden.
Otto meint, in den in Betracht kommenden Fällen fehle es schon nach allgemeinen Grundsätzen an der Zurechenbarkeit des eingetretenen Erfolges[1]. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch von Scheurl[2]:
Für Schröder und Eser ergibt sich die fehlende Zurechenbarkeit des Erfolgs aus der Rücktrittsregelung selbst[3].
Die übrigen Vertreter der Mindermeinung lehnen die Zurechnung des Erfolgs ab, weil es am erforderlichen Vorsatz fehle[4].
Diese Einwände gegen die herrschende Meinung sollen im folgenden überprüft werden.

II. Erörterung der Einwände gegen die herrschende Meinung

1. Der Einwand, objektiv könne der Erfolg nicht zugerechnet werden

a. Otto

Otto leugnet im Fall 2 c) die objektive Zurechenbarkeit des Erfolges. Er führt aus, der Zurechnungszusammenhang fehle, wenn der Täter vor dem Eintritt des Erfolges von der weiteren Ausführung seines Planes Abstand nehme in der irrigen Ansicht, noch nicht alles Erforderliche getan zu haben[5]. Seinen knappen Ausführungen ist nicht mit Sicherheit zu entnehmen, wie er diese These begründet. Sie findet sich im Anschluß an die

---

1) OTTO, Festschrift-Maurach, S. 98 f.

2) von SCHEURL, Rücktritt, S. 46 ff.

3) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 46 Rdnr. 9, 9 b; SCHRÖDER, JuS 1962, 82; ESER, Strafrecht II, Fall 33 A 46 ff.

4) NOACK, Diss., S. 71 ff.; HERZBERG, ZStW 85 (1973), 883 f.; MUNOZ-CONDE, GA 1973, 33 ff.; ALLFELD, Festgabe-Frank Bd. II, S. 79; FRANK, StGB, § 59 IX 3 und § 46 IV

5) OTTO, Festschrift-Maurach, S. 98 f.

Behauptung, ein Erfolg sei dann nicht zurechenbar, wenn der Geschehensablauf wegen des freien, vorsätzlichen Eingreifens eines Dritten nicht mehr der Steuerung durch den Täter unterliegt[1]. Aus diesem Satz folgt aber nicht die von Otto für richtig gehaltene Lösung des Falles 2 c). Die Steuerung des Geschehens durch F wird nicht durch das Eingreifen eines Dritten oder des M ausgeschlossen. Die Steuerung der F war von vornherein nicht ganz exakt. Diese Unsicherheit ist aber ein Fall der Fehleinschätzung des Kausalverlaufs. Die Begründung geht also ins Leere. Ottos weiterer Hinweis, das Ergebnis folge auch aus § 46 Nr. 1 a.F. (§ 24 I 1. Alt. n.F.) wird unten im Zusammenhang mit der Ansicht von Schröder und Eser zu behandeln sein.

b. von Scheurl

Von Scheurl kommt in den Fällen 2 einerseits und 3 andererseits zu unterschiedlichen Ergebnissen. Nach seiner Ansicht ist die Zurechnung eines vorzeitig eintretenden Erfolgs dann ausgeschlossen, wenn erst ein Teil von mehreren deutlich voneinander abgesetzten Einzelhandlungen ausgeführt ist und diese unerwartet schon den Erfolg herbeiführen. Im Fall 2 a) kommt von Scheurl daher zur Annahme einer versuchten Tötung in Konkurrenz mit fahrlässiger Tötung, in den Fällen 2 b und 2 c) nimmt er fahrlässige Tötung an, da die F vom Versuch der Tötung zurückgetreten sei. Im Fall 3 will er den A wegen vorsätzlicher Tötung bestrafen[2].
Diese Differenzierung begründet von Scheurl mit folgenden Erwägungen. Die Milderbestrafung des Versuchs beruhe nicht nur auf dem Ausbleiben des Erfolgs, sondern auch darauf, daß beim unbeendeten Versuch der Handlungsunwert noch nicht voll verwirklicht sei. Dies rechtfertige es, den Erfolg nicht zuzurechnen.
Das überzeugt nicht. Von Scheurl vermag nicht zu erklären, warum die Strafe beim beendeten Versuch im gleichen Ausmaß

---

1) OTTO, Festschrift-Maurach, S. 97 f.
2) von SCHEURL, Rücktritt, S. 41 ff.

gemindert wird wie beim unbeendeten. Wegen des verminderten Handlungsunwerts müßte die Milderungsmöglichkeit beim unbeendeten Versuch weitergehen als beim beendeten.

Aber auch abgesehen von dieser Unstimmigkeit geht von Scheurls Argumentation fehl. Die Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch wird nach der Vorstellung des Täters und somit gerade unabhängig von dem tatsächlich verwirklichten Handlungswert vorgenommen. Es trifft demnach nicht zu, daß der unbeendete Versuch stets einen geringeren Handlungsunwert aufweist als der beendete. Das zeigen die Fälle 2 a) bis c) deutlich. Nach der objektiven Situation liegt hier ein beendeter Versuch vor. Allein die Vorstellung des Täters, der Handlungsunwert sei noch nicht in dem erforderlichen Maß verwirklicht, mindert diesen objektiv nicht. Der objektiv bereits verwirklichte Handlungsunwert ist geeignet, eine Erfolgszurechnung zu tragen, wie sich zeigt, wenn der Täter die Wirksamkeit des Mittels richtig einschätzt. Es handelt sich hier also um ein Irrtumsproblem, das als solches erörtert werden sollte. Die Behandlung des Problems unter dem Gesichtspunkt der objektiven Zurechenbarkeit ist fehlerhaft.
Von Scheurls Argumentation ist an einem weiteren Punkt zu beanstanden. Aus ihr folgt nicht die von ihm vorgenommene Differenzierung. Von Scheurl müßte die Fälle 2 und 3 gleich behandeln. Denn in Bezug auf den Handlungsunwert, den der Täter verwirklichen wollte, weisen sie beide ein Defizit auf.
Nach alledem vermag auch von Scheurls Begründung nicht zu überzeugen.

2. Der Einwand, aus der Rücktrittsregelung folge ein Zurechnungshindernis

Schröder und Eser folgern aus der im Gesetz getroffenen Unterscheidung zwischen den beiden Versuchformen, daß in einem Teil der Fälle des mißlungenen Rücktritts vom unbeendeten Versuch der unerwartete Erfolgseintritt die Annahme eines strafbefreienden Rücktritts nicht hindere. Im Beispiel 2 b) nehmen sie eine vorsätzliche, vollendete Tötung an, im Beispiel

2 c) ist F jedoch ihrer Ansicht nach wirksam zurückgetreten und nur wegen fahrlässiger Tötung zu bestrafen[1]. In den Fällen 2 a) und 3 nehmen sie eine vollendete, vorsätzliche Tötung an[2]. Eine Begründung für ihre Ansicht geben Schröder und Eser nur andeutungsweise. Schröder ging ohne weitere Ausführungen davon aus, daß aus der Unterscheidung der Versuchsformen eine verschiedene Risikoverteilung im Fall des mißlungenen Rücktritts folge. Diese Behauptung kann aber eine Begründung nicht ersetzen. Selbst wenn man diesen Satz aber anerkennt, leuchtet nicht ein, warum die Fälle 2 b) und c) unterschiedlich zu entscheiden sein sollen. Es erscheint willkürlich, daß die zufällige Reihenfolge von Aufgabewillen und Erfolgseintritt über die Anwendung des Vorsatzstrafrahmens entscheiden soll. Der Gedanke, daß beim unbeendeten Versuch dem Täter nicht das Risiko des Mißlingens seines Rücktritts auferlegt ist, trägt diese Differenzierung nicht. Der Grund für diese vom Ausgangspunkt her inkonsequente Differenzierung ist wohl darin zu sehen, daß Schröder und Eser meinen, der Erfolgseintritt sei auf jeden Fall dann eine Schranke für die Anwendung der Rücktrittsregelung, wenn er vor dem "Rücktritt" liegt. Dieser Satz setzt aber den Nachweis voraus, daß es für die Beurteilung eines Verhaltens als Vollendung oder Versuch nicht auf die sich dem Betrachter nachträglich bietende Situation, sondern auf den Zeitpunkt der Willensänderung ankommt. Eser begründet die Maßgeblichkeit dieses Zeitpunkts mit zwei Erwä-

---

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 46 Rdnr. 9,9 b; SCHRÖDER, JuS 1962,82; ESER, Strafrecht II, Fall 33, A 46 ff. Auch MEISTER, MDR 1955,688 f. und LK (Schroeder), StGB, § 59 Rdnr. 132 begründen die Nichtzurechnung des Erfolgs mit der gesetzlichen Rücktrittsregelung. Ihre Begründung ist jedoch kurzschlüssig. Sie meinen, die Gegenmeinung schränke die Rücktrittsmöglichkeit zu stark ein. Da im Grundsatz unbestritten ist, daß der Rücktritt nur bei Ausbleiben des Erfolgs möglich ist, bedarf es in Ausnahmefällen des Nachweises, daß der Erfolg dem Täter nicht zuzurechnen ist. Dieser Nachweis ist jedenfalls nicht mit der Erwägung geführt worden, ansonsten sei der Rücktritt ausgeschlossen. Darum gerade geht es. Gegen diese Argumentation auch NOACK, Diss., S. 73 FN 11

2) SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 59 Rdnr. 24; ESER, Strafrecht I, Fall 16, A 8 - 14

gungen: Zum einen, so sagt er, müßten die Rücktrittsvoraussetzungen im Zeitpunkt des Rücktritts vorliegen. Dabei müsse man die subjektive, auf die Vorstellung des Täters abstellende Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch ernst nehmen[1].

Der erste Einwand ist nicht mehr als eine petitio principii. Es geht um die Frage, ob nicht die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts nur eintritt, wenn der Erfolg ganz, auch nach dem Rücktrittsverhalten des Täters, ausbleibt.

Der zweite Einwand gegen die herrschende Meinung geht in doppelter Weise fehl. Zum einen bezieht sich die subjektive Abgrenzung darauf, welche Versuchsform vorliegt, und nicht darauf, ob überhaupt ein Versuch vorliegt. Vor allem aber beweist der Einwand zuviel. Denn bei einer konsequenten subjektiven Abgrenzung müssen die Fälle 2 b) und c) gleich behandelt werden, da die Situation aus der Sicht der F in beiden Fällen völlig gleich ist. Der dem Täter unbekannt gebliebene Erfolgseintritt ist ein objektives Ereignis, das innerhalb einer rein subjektiven Betrachtungsweise gar nicht in den Blick gelangen kann.

Die Lösung von Schröder und Eser ist also schon in sich nicht folgerichtig. Es bleibt aber noch ihre These zu untersuchen, der Unterscheidung der beiden Versuchsformen durch das Gesetz liege eine verschiedene Risikoverteilung zugrunde. Das wäre dann plausibel, wenn ansonsten die Unterscheidung keinen Sinn ergäbe.

Arzt hat jedoch nachgewiesen, daß auch ohne die Annahme einer unterschiedlichen Risikoverteilung die gesetzliche Differenzierung sinnvoll ist[2]. Durch die Unterscheidung wird das verschiedene äußere Rücktrittsverhalten beschrieben. Darüber hinaus ergeben sich dogmatische Konsequenzen. Ist der Versuch objektiv unbeendet, subjektiv dagegen beendet, so muß der Täter den Erfolg abzuwenden versuchen, wenn er sich Strafreiheit verschaffen will[3]. Er muß also etwas objektiv Über-

---

1) ESER, Strafrecht II, Fall 33, A 48

2) ARZT, GA 1964, 7 f.

3) ARZT, GA 1964, 7 f.; GUTMANN, Freiwilligkeit, S. 110 f.; STRATENWERTH, AT, Rdnr. 774; HENKEL, JW 1937,2377; von HIPPEL, Strafrecht II, S. 411

flüssiges tun. Das hat seinen Grund darin, daß nach den Vorstellungen des Täters die reine Untätigkeit den Erfolg nicht abwenden kann. Das Untätigsein ist daher keine Manifestation der Rückkehr in die Legalität. Die Rechtsordnung hat unter keinem Gesichtspunkt einen Anlaß, dieses Verhalten des Täters zu honorieren. Andererseits befreit die reine Untätigkeit auch dann von Strafe, wenn objektiv der Versuch entgegen der Vorstellung des Täters beendet ist und der Erfolg lediglich zufällig, etwa wegen des späteren Eingreifens eines Dritten, ausbleibt[1].

Die Argumente von Schröder und Eser vermögen nach alledem nicht zu überzeugen. Sie gehen von einem angeblich der Rücktrittsvorschrift zugrundeliegenden Prinzip aus, dessen Nachweis ihnen jedoch nicht gelingt.

3. Der Einwand, die Zurechnung scheitere am fehlenden Vorsatz

In der Diskussion um die zu untersuchende Frage hat immer schon das Argument eine Rolle gespielt, der unerwartet eingetretene Erfolg könne dem Täter deswegen nicht zugerechnet werden, weil er nicht vom Vorsatz umfaßt werde.

Diese Begründung findet sich bei Allfeld, Frank, Noack und Herzberg[2]. Auch bei Munoz-Conde, der der herrschenden Meinung eine Rückkehr zur Erfolgshaftung vorwirft, dürfte dieser Gedanke im Hintergrund stehen[3].

Allfeld hat diese Ansicht in die zumindest mißverständliche Formulierung gekleidet, der Vorsatz des Täters sei in den Fällen 2 b) und c) nicht darauf gerichtet, mittels der ersten fünf Giftdosen zu töten[4]. Das ist deshalb mißverständlich,

---

1) ARZT, GA 1964, 7 f.; GUTMANN, Freiwilligkeit, S. 108 f.; von SCHEURL, Rücktritt, S. 45 f.; STRATENWERTH, AT, Rdnr. 766; HENKEL, JW 1937,2377 hielt diese Konsequenz der subjektiven Abgrenzung für unbillig

2) ALLFELD, Festgabe-Frank Bd. II, S. 79; FRANK, StGB, 17. Aufl., § 46 IV anders in der 18. Aufl., vgl. dazu oben S. 164 FN 1; NOACK, Diss., S. 71 ff.; HERZBERG, ZStW 85 (1973), 883 ff.

3) MUNOZ-CONDE, GA 1973, 33 ff.

4) ALLFELD, Festgabe-Frank Bd. II, S. 79; so auch FRANK, StGB, 18. Aufl., § 46 IV und § 59 IX

weil nach der Vorstellung des Täters auch diese Giftdosen sehr wohl als Kausalfaktoren den Tod des M mitverursachen sollten. Allfeld meint mit dieser Formulierung, dem Täter habe das Bewußtsein gefehlt, schon mit dieser Giftdosis genug getan zu haben. Noack nennt dies das Kausalbewußtsein[1]. Das Kausalbewußtsein in diesem Sinn liegt also nur vor, wenn der Täter weiß, daß ein bestimmtes Geschehen eine ausreichende Bedingung für den Erfolg ist. Die dieser Argumentation zugrundeliegende These ist, daß der Vorsatz entfällt[2], wenn nicht das Kausalbewußtsein in dem aufgezeigten Sinn vorhanden ist.
Hier wird also eine genaue Übereinstimmung von Vorsatz und tatsächlichem Kausalverlauf verlangt, die der herrschenden Meinung widerspricht. Diese geht zwar auch davon aus, daß sich Kausalverlauf und Vorsatz decken müssen, hält aber unwesentliche Abweichungen des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf für unbeachtlich[3].
Allfeld, Frank und Noack stimmen dieser herrschenden Meinung zu, übersehen aber, daß darin ein Widerspruch zu ihrer Stellungnahme beim mißlungenen Rücktritt liegt[4]. Da diese Autoren den Begriff des unbeachtlichen Irrtums über den Kausalverlauf kennen, müßten sie auch hier die Frage stellen, ob der Irrtum wesentlich oder unwesentlich ist. Es ist inkonsequent, in diesem Fall ohne die Prüfung der Wesentlichkeit den Vorsatz zu leugnen. Bei dieser Prüfung müßten Allfeld, Frank und Noack mit der herrschenden Meinung zu dem Ergebnis kommen, daß der Irrtum im Beispielsfall 2 unwesentlich und daher unbeachtlich ist. Nach der herrschenden Meinung ist ein Irrtum dann unwesentlich, wenn die Abweichung adäquat ist und die beiden zu

---

1) NOACK, Diss., S. 73

2) Die übliche Redeweise vom entfallenden Vorsatz ist ungenau. Der Vorsatz entfällt nicht, sondern er deckt sich nicht mit dem tatsächlichen Kausalverlauf. Es handelt sich aber um eine eingebürgerte Redeweise, die deshalb auch hier verwendet wird

3) JESCHECK, AT, § 29 V 5, S. 232; SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 59 Rdnr. 24; WELZEL, Lehrbuch, S. 73; STRATENWERTH, AT, Rdnr. 288 ff.; SCHMIDHÄUSER, AT, 10/41, S. 314; BAUMANN, AT, § 26 II 4 b, S. 400 ff.; MAURACH, AT, 23 III 2, S. 280 f.; WESSELS, AT, § 7 IV 3, S. 50 f.; LK (Schroeder), StGB, § 59 Rdnr. 26 ff.; ESER, Strafrecht I, Fall 16, A 8 ff.; RG DtStR 1939,177; RGSt 67,258; BGHSt 7,325; 14,193; 23,133

4) ALLFELD, Lehrbuch, S. 164; FRANK, StGB, § 59 IX 2 einerseits und § 59 IX 3 und § 46 IV andererseits; NOACK, Diss., S. 55 ff.

vergleichenden Kausalverläufe rechtlich gleich zu bewerten sind[1].

Die hier vorliegende Abweichung liegt im Rahmen des nach der Lebenserfahrung Voraussehbaren; eine andere rechtliche Bewertung ist nicht angezeigt. Es muß demnach eine unwesentliche Abweichung angenommen werden.

Die Ausführungen von Allfeld, Frank und Noack können nach alledem nicht als konsequent angesehen werden. Dies gilt vor allem für Noack, der in anderen Fällen den Bereich der unwesentlichen Abweichung weit faßt. So nimmt er einen unbeachtlichen Irrtum beim nicht vorhergesehenen Eingreifen von Naturkräften und nicht vorsätzlich handelnden Dritten sowie in den sogenannten dolus-generalis-Fällen an[2]. Hier hält er Vorsatzkonkretisierungen für bedeutungslos. Auch in den sogenannten Blutrauschfällen[3] billigt er die Annahme einer vollendeten Vorsatztat. Aber gerade hier fehlt bei den dem Täter zurechenbaren Akten das Kausalbewußtsein in dem von ihm beschriebenen Sinn. Konsequent ist demgegenüber die Ansicht Herzbergs[4]. Er verlangt anders als die herrschende Meinung in allen Fällen eine genaue Übereinstimmung von vorgestelltem und tatsächlichem Tatverlauf[5]. Von diesem Ausgangspunkt her ist es folgerichtig,auch in den Fällen des mißlungenen Rücktritts eine Bestrafung wegen vollendeter Vorsatztat abzulehnen[6].

---

1) Vgl. nur BGHSt 23,133; SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, § 59 Rdnr. 24 m.w.N.. Vom BGH ist der Fall eines vorzeitigen Erfolgseintritts als unwesentliche Abweichung angesehen worden, BGH GA 1955, 123. Diese Entscheidung hat keinen Widerspruch gefunden

2) NOACK, Diss.,S. 54 - 68

3) BGHSt 7,326; BGH GA 1956, 27; BGHSt 23,133

4) HERZBERG, ZStW 85 (1973), S. 867 ff.

5) Dieser strenge Standpunkt wird im Ergebnis dadurch abgeschwächt, daß HERZBERG betont, auch das Mitbewußte sei vorgestellt und darum Vorsatzinhalt. Der Inhalt des Mitbewußtseins muß jedoch festgestellt werden. Dabei gilt die Regel "in dubio pro reo." Eine Diskussion dieser Fragen findet sich schon bei ENGISCH, Untersuchungen, S. 79 f.

6) HERZBERG, ZStW 85 (1973), S. 883 f. wirft SCHRÖDER und ESER Inkonsequenz vor. Er meint, sie müßten, da sie die herrschende Ansicht zur Abweichung im Kausalverlauf teilen, in den Fällen des mißlungenen Rücktritts stets ein vollendetes Vorsatzdelikt annehmen. Dabei übersieht HERZBERG, daß SCHRÖDER und ESER der Rücktrittsregelung ein zusätzliches Zurechnungshindernis entnehmen zu können glauben

Herzberg entwickelt seine These anhand von Fällen zur aberratio ictus und zur sonstigen Abweichung im Kausalverlauf. Dabei läßt er zunächst den Fall außer Betracht, daß der vorgestellte und der eingetretene Erfolg sich decken[1]. Schließlich wendet er aber doch die an jenen anderen Fällen gewonnenen Einsichten auf den Fall des mißlungenen Rücktritts vom Versuch an, wo sich ja der vorgestellte mit dem tatsächlich eingetretenen Erfolg deckt. Herzberg erkennt die Unterscheidung zwischen unwesentlichen und wesentlichen Abweichungen nicht an[2]. Er wirft der herrschenden Meinung vor, sie bestrafe in den Fällen unwesentlicher Abweichung ein Verhalten, das in Wahrheit unvorsätzlich begangen sei. Damit verstoße sie gegen den Schuldgrundsatz.

Es kann hier nicht der Versuch unternommen werden, die Vereinbarkeit des von der herrschenden Meinung angenommenen Spielraums mit dem Schuldprinzip umfassend nachzuweisen. Wieweit das Schuldprinzip eine Übereinstimmung von Vorstellung und Geschehen fordert, ist eine Frage, die angesichts der Abstraktheit dieses Prinzips nicht verbindlich beantwortet werden kann. Arthur Kaufmann spricht von der Schuld als einem metaphysischen Gegenstand, der sich einer rechnerischen Erfassung entziehe[3]. Die Schuld ist kein exakt abgrenzbarer, unmittelbar zur Subsumtion geeigneter Begriff. Die Behauptung, ein Verhalten sei schuldhaft, ist normativer Art und in den Grenzbereichen unsicher. Die Abgrenzung des als Vorsatzschuld bezeichneten Bereichs ist nur daraufhin überprüfbar, ob sie sachgerecht und plausibel ist. Daneben bleibt natürlich die Postulierung eines anderen Vorsatzbereichs möglich. Sie kann nicht als falsch bezeichnet werden. Im folgenden soll skizziert werden, warum die herrschende Meinung als sachgerecht und plausibel und damit als vorzugswürdig erscheint.

Grundlage der herrschenden Ansicht ist die Erkenntnis, daß der Mensch einen von ihm angestoßenen Kausalprozeß nicht in allen

---

1) HERZBERG, ZStW 85 (1973), S. 871

2) In MDR 1973, 94 hat HERZBERG die Kategorie der unwesentlichen Abweichung noch anerkannt

3) ARTHUR KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 213

Einzelheiten überblicken und kontrollieren kann[1]. Daß insoweit der Täter keine genauen, bis ins einzelne gehenden Vorstellungen haben muß, ist unbestritten. Der Schütze muß nicht wissen, wie medizinisch gesehen die von ihm abgefeuerte Kugel den Tod des Opfers herbeiführt. Es genügt, daß er das Bedingungsverhältnis zwischen Schuß und Tod erkennt. Weitergehende Anforderungen würden das Strafrecht funktionsunfähig machen[2]. Aus diesem Verzicht auf bis ins Einzelne gehende Vorstellungen über den Kausalverlauf folgert die herrschende Meinung, daß andererseits Vorsatzkonkretisierungen, die vom tatsächlichen Kausalverlauf nur unwesentlich abweichen, unerheblich sind[3]. Diese Argumentation, daß nämlich Vorsatzkonkretisierungen einerseits unnötig, andererseits unerheblich sind, soweit der Kausalverlauf in seinen wesentlichen Zügen richtig erfaßt wird, erscheint sachgerecht und plausibel.

Dieser Argumentation läßt sich eine zweite an die Seite stellen. Vorsatz ist der gegenüber der Fahrlässigkeit schwerere Schuldvorwurf. Beim Vorsatz wird dem Täter der Vorwurf gemacht, einen Erfolg gewollt herbeigeführt zu haben. Vorsatz ist die bewußte Rechtsgutsbeeinträchtigung. Demgegenüber wird bei der Fahrlässigkeit der minder schwere Vorwurf der - unter Umständen höchst leichtfertigen - Sorgfaltspflichtwidrigkeit erhoben. In den hier zu betrachtenden Fällen hat der Täter a n s i c h den erstrebten Erfolg erreicht. Dies ist nicht nur in dem abstrakten Sinn richtig, daß das Opfer tot ist. Vielmehr ist es auch, wie der Täter wollte, an dem von ihm verabreichten Gift gestorben. Der Vorwurf des Vorsatzes kann bei dieser Sachlage nur ausbleiben, wenn dieser Erfolg wegen der unwesentlichen Abweichung als ein von dem erstrebten verschiedener anzusehen ist. Es erscheint aber nicht angängig, diesen Erfolg als nur sorgfaltswidrig oder gar nur zufällig herbeigeführt anzusehen. Vielmehr ist das Urteil, dies sei der angestrebte Erfolg, durchaus berechtigt[4].

---

1) Vgl. dazu HILLENKAMP, Bedeutung, S. 81 ff.

2) ARTHUR KAUFMANN, Schuldprinzip, S. 214; ESER, Strafrecht I, Fall 16, A 9

3) So besonders deutlich LK (Schroeder), StGB, § 59 Rdnr. 16

4) Ähnlich WESSELS, AT, § 7 IV 3, S. 51

Schließlich wird die Plausibilität der überwiegenden Ansicht auch dadurch angezeigt, daß sie bisher nur von Herzberg Anfechtung erfahren hat. Eine herrschende Ansicht wird zwar nicht dadurch richtig, daß sie herrschend ist. Wo es aber, wie hier, darum geht, ob eine bestimmte Wertentscheidung plausibel ist, ist eine so allgemeine und praktisch unangefochtene Übereinstimmung als ein gewichtiges Indiz anzusehen. Man wird davon ausgehen können, daß sich die Vertreter der herrschenden Ansicht der Existenz und Bedeutung des Schuldprinzips bewußt sind und ihre Stellungnahme als damit vereinbar ansehen.
Es braucht hier nicht untersucht zu werden, wieweit der Kreis der unwesentlichen Abweichungen zu ziehen ist, da die in den Beispielen 2 a) bis c) vorliegende Abweichung auf jeden Fall als unwesentlich anzusehen ist. Sie liegt im Rahmen des Vorhersehbaren und Typischen. Der Erfolg ist somit in diesen Fällen als vorsätzlich herbeigeführt anzusehen.
Alle Bedenken, die gegen die herrschende Meinung zum mißlungenen Rücktritt erhoben werden, haben sich damit als nicht begründet erwiesen. Damit steht fest, daß der mißlungene Rücktritt vom unbeendeten Versuch nicht strafbefreiend wirkt, sofern der Erfolg dem Täter zugerechnet werden kann. Letzteres ist dann nicht möglich, wenn der Erfolg auf einem von den Vorstellungen des Täters wesentlich abweichenden Kausalverlauf beruht.
Mit diesem Ergebnis ist klargestellt, daß sich der unbeendete und der beendete Versuch nicht bezüglich des dem Täter auferlegten Rücktrittrisikos unterscheiden. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen den beiden Versuchsformen ist also beim Begehungsdelikt beschränkt. Je nachdem, welche dieser beiden Versuchsformen vorliegt, ist das zur Strafbefreiung erforderliche äußere Rücktrittsverhalten zu bestimmen. In beiden Fällen ist jedoch außerdem vorausgesetzt, daß es beim Versuch geblieben ist, daß also ein dem Täter zurechenbarer Erfolg ausgeblieben ist.

D. Folgerungen für den Versuch des Unterlassungsdelikts

Auf dieser Grundlage kann nunmehr die Frage beantwortet werden, ob auch beim Unterlassungsdelikt zwischen unbeendetem und beendetem Versuch unterschieden werden kann. Das ist mit einer im Vordringen befindlichen Ansicht zu verneinen.
Es hat sich gezeigt, daß die Unterscheidung zwischen den beiden Versuchsformen nur die Funktion hat, das erforderliche, äußere Rücktrittsverhalten zu bestimmen. Das Risiko des Mißlingens seiner Rücktrittsbemühungen trägt immer der Täter.
Von den beiden oben genannten Betrachtungsweisen des Rücktrittsverhaltens beim Unterlassungsdelikt entspricht dem die abstrakte, die nur auf die Handlungsqualität abhebt. Der Versuch des Unterlassungsdelikts entspricht insoweit dem beendeten Versuch des Begehungsdelikts[1].
Das folgt zum einen aus der rein praktischen Überlegung, daß eine weitere Differenzierung innerhalb des Rücktrittsverhaltens zu keinen dogmatischen Konsequenzen führt. Die Suche nach einer Grenze zwischen unbeendetem und beendetem Versuch beim Unterlassungsdelikt ist nur sinnvoll, wenn man daran eine unterschiedliche Risikoverteilung für den Fall des mißlungenen Rücktritts knüpft. Insoweit unterscheidet sich der Versuch des Unterlassungsdelikts von dem des Begehungsdelikts. Dort ist die Unterscheidung zweier Versuchsformen wegen des verschiedenen äußeren Rücktrittsverhaltens auch dann sinnvoll, wenn man das Rücktrittsrisiko immer dem Täter auferlegt.
Damit erübrigt sich die Suche nach weiteren Distinktionen innerhalb des gleichförmigen Unterlassens. Die Feststellung einer weiteren Grenze innerhalb dieses Verhaltens würde neue Zweifel und Fragwürdigkeiten hervorrufen, ohne daß dem ein

---

1) ROXIN, Festschrift-Maurach, S. 232 FN 54; SCHMIDHÄUSER, AT, 17/43, S. 574; HERZBERG, MDR 1973, 93, der allerdings zu Unrecht annimmt, die Unterscheidung sei durch § 24 bedeutungslos geworden, da dort nunmehr in beiden Fällen Freiwilligkeit verlangt wird. Damit ist aber nicht der Streit über die Verschiedenartigkeit des Rücktrittsrisikos beigelegt

dogmatischer Erkenntniswert zukäme. Die Zweifel und Fragwürdigkeiten zeigt Schröders Vorschlag, den beendeten Versuch dort beginnen zu lassen, wo der Täter mehr als ursprünglich tun muß. Es stellt sich sofort die Frage, ob jede Mehranstrengung diesen Umschlag hervorruft oder nur eine solche von einiger Erheblichkeit. Im ersten Fall ist die Bedeutung der Abgrenzung in vielen Fällen minimal, weil kleine Änderungen des erforderlichen Verhaltens schnell eintreten können. Im zweiten Fall stellt sich die schwierige Aufgabe, das Maß der Erheblichkeit zu bestimmen.

Das gefundene Ergebnis ist auch seiner dogmatischen Konsequenzen wegen befriedigend. Oben[1] ist ausgeführt worden, daß beim unbeendeten Versuch die reine Untätigkeit im Falle der Freiwilligkeit auch dann strafbefreiend wirkt, wenn objektiv der Versuch beendet ist und der Erfolg rein zufällig ausbleibt. Beim beendeten Versuch muß dagegen der Täter immer den Erfolg abzuwenden versuchen, wenn er sich Straffreiheit verschaffen will, mag der Erfolg auch aus anderen Gründen ausbleiben. Es ist kein Grund ersichtlich, dem Unterlassungstäter in irgendeinem Stadium des Versuchs diesen mit der Annahme eines unbeendeten Versuchs verbundenen Vorteil zukommen zu lassen. Von ihm ist zu verlangen, daß er sich um die Erfolgsabwendung aktiv bemüht. Nur wenn er dies getan hat, kann ihm ein Zufall, der den Erfolg vereitelt, zugute kommen. Das reine Nichtmehrwollen kann beim Unterlassungstäter auch in Verbindung mit einem derartigen Zufall keine Straflosigkeit bewirken. Das Nichtmehrwollen ist bei ihm noch nicht einmal eine Vorsatzänderung, sondern allenfalls eine Veränderung der emotionalen Einstellung zum Erfolg. Die veränderte emotionale Einstellung in Verbindung mit dem zufälligen Ausbleiben rechtfertigt keine Straflosigkeit. Dies gilt unabhängig von der Stellungnahme zum Grund des Rücktrittsprivilegs. Der Zufall, der dem Täter zu Hilfe kommt und die veränderte Einstellung zum Erfolg erfordern weder eine Belohnung des Täters, noch sind sie Indiz einer geminderten Gefährlichkeit. Der Täter hat die Brücke, die ihm die Rechtsordnung baut, nicht betreten.

Aus alledem folgt, daß es nur eine Versuchsform, den beendeten Versuch, beim Unterlassungsdelikt gibt.

---

1) Vgl. oben S. 170 f.

Zusammenfassung

Die Ergebnisse der Untersuchung können in folgender Weise zusammengefaßt werden:

I. Ein Versuch ist beim unechten Unterlassungsdelikt nicht nur in der Form des untauglichen Versuchs, sondern auch als zeitlich unvollendetes Delikt denkbar. Der Vorsatzbegriff kann so bestimmt werden, daß er auf die Unterlassung anwendbar ist. Dem stehen keine ontischen Gegebenheiten entgegen. Als vorsätzlich ist eine Unterlassung anzusehen, wenn sie im Bewußtsein der Unterlassungssituation, der Erforderlichkeit des Handelns und der eigenen Handlungsmöglichkeit vorgenommen wird. Dieser Vorsatzbegriff führt zu befriedigenden Ergebnissen. Er hat keine Privilegierung der Abgestumpften und Gleichgültigen zur Folge.
Aus ontischen Gegebenheiten folgt nicht, daß das den Unterlassungsdelikten zugrundeliegende Handlungsgebot nur auf ein Handeln im Augenblick der letzten Rettungsmöglichkeit gerichtet sein kann.

II. Die in § 22 enthaltene Formel, wonach der Versuch beginnt, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes ansetzt, ermöglicht eine Bestimmung des Versuchsbeginns beim unechten Unterlassungsdelikt.
Dem § 22 ist zu entnehmen, daß der Versuch erst mit tatbestandsnahen Verhaltensweisen beginnt. Bei der Auslegung ist darauf zu achten, daß der Versuchsbereich nicht ungebührlich zu Lasten der Vorbereitungsphase ausgedehnt wird.
Innerhalb der Versuchsphase sind zwei Abschnitte zu unterscheiden: die Tatbestandsverwirklichung und das unmittelbare Ansetzen dazu. Bei der Abgrenzung ist die Vorstellung des Täters von dem Geschehen in die Beurteilung einzubeziehen.
Der Täter beginnt mit der Verwirklichung des Tatbestandes

eines unechten Unterlassungsdelikts, wenn er die gebotene Rettungshandlung nicht vornimmt, obwohl der Geschehensablauf, gegen den er einschreiten muß, das Schutzgut schon aktuell in einer rechtlich relevanten Weise beeinträchtigt. Solange sich dieser Geschehensablauf nur auf das Schutzgut hin bewegt und es noch nicht beeinträchtigt, kann ein Versuch nur unter dem Gesichtspunkt des unmittelbaren Ansetzens zur Tatbestandsverwirklichung bejaht werden.
Der Täter setzt unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an, wenn er entweder die Herrschaft über den Kausalverlauf aufgibt oder wenn er untätig bleibt, solange die Gefahr des Eintritts des abzuwendenden Erfolgs akut wird.
Dies gilt auch, wenn der Täter den Herrschaftsverlust oder die Gefahraktualisierung nicht bewußt erlebt.
Besondere Probleme werfen die Fälle auf, in denen sich der Täter im Hinblick auf seine spätere Handlungspflicht handlungsunfähig macht oder seine Zurechnungsfähigkeit beeinträchtigt. Hier ist zu unterscheiden: Verhindert der Täter seine Handlungsfähigkeit, so beginnt der Versuch mit dem Eintritt der Handlungsunfähigkeit. Beeinträchtigt der Täter dagegen seine Zurechnungsfähigkeit, so ist der Versuchsbeginn nach den allgemeinen Kriterien zu ermitteln. Dabei wird von dem psychischen Defekt abgesehen.

III. Beim unechten Unterlassungsdelikt gibt es nur einen beendeten Versuch. Das hat seinen Grund darin, daß die Unterscheidung zwischen den Versuchsformen nur die Funktion hat, das äußere Rücktrittsverhalten abstrakt zu beschreiben. Dies besteht beim Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts immer in einem aktiven Tätigwerden.

Lebenslauf

Am 7. August 1948 wurde ich als dritter von vier Söhnen des Studiendirektors a.D. Walter Womelsdorf und seiner Ehefrau Olga, geb. Redlich in Dortmund geboren. Ich bin Deutscher. Nach vierjähriger Volksschulzeit besuchte ich ab Ostern 1959 den neusprachlichen Zweig des Humboldt-Gymnasiums in Dortmund, an dem ich am 4. Juli 1967 die Reifeprüfung bestand. Bis einschließlich März 1969 diente ich als Wehrpflichtiger bei der Bundeswehr. Im Sommersemester 1969 nahm ich an der Universität Münster das Studium der Rechtswissenschaften auf. Am 26. Mai 1973 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab. Zur Zeit bin ich Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm und wissenschaftliche Hilfskraft im Institut für Kriminalwissenschaften der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.